

Studi raccolti da

Angelo Giarda Giorgio Spangher Paolo Tonini



Pasquale Bronzo

IL FASCICOLO PER IL DIBATTIMENTO

Poteri delle parti e ruolo del giudice

La disciplina del fascicolo per il dibattimento – che media tra tradizione burocratica e schema accusatorio – riceve da sempre un'interpretazione frammentaria, e un'applicazione spesso lontana dalle letture dottrinali. L'analisi svolta in questo lavoro ricostruisce un procedimento probatorio peculiare, lontano dalla sequenza dibattimentale iniziativa-ammissione-acquisizione, e coerente con l'idea di una 'dotazione informativa necessaria', utile al giudice per gestire il dibattimento prima e decidere poi: gli atti che costituiscono il contenuto originario del fascicolo seguono un percorso che li porta *direttamente* all'interno del materiale decisorio, senza che vi siano filtri di rilevanza, né al momento dell'allegazione, né in sede di lettura; l'accesso è condizionato solo ad una verifica di 'stretta legalità', intesa come mera corrispondenza ai tipi degli atti destinati all'incartamento; i vizi rilevano soltanto in camera di consiglio.

Gli accordi sul contenuto del fascicolo arricchiscono quella dotazione di informazioni rispetto alle quali l'oralità non tanto è impraticabile, come avviene per i contenuti necessari, quanto ritenuta superflua da tutte le parti. Si tratta di un modo di esercizio del diritto al contraddittorio, espresso in forma convenzionale anziché antagonistica. Per questo, l'acquisizione non è concepibile fuori da un accordo unanime; non è ammissibile sull'intero fascicolo del pubblico ministero, non può sostituire la prova orale che qualcuno abbia richiesto, solo per ovviare ad una difficoltà dibattimentale. Il primato del metodo orale è assicurato dall'ampliamento istruttorio sempre concesso al giudice, e dalla conservazione in capo ad ogni contendente del diritto alla prova sulla medesima fonte e sugli stessi temi.

PASQUALE BRONZO è Ricercatore di Procedura penale presso Sapienza, Università di Roma. È autore di numerosi articoli, note a sentenza, voci enciclopediche e contributi in volumi collettanei. E' Componente della redazione della rivista Cassazione penale.



€ 39,00 I.V.A. INCLUSA

P. Bronzo

Il fascicolo per il dibattimento Poteri delle parti e ruolo del giudice

CEDAM

 Wolters Kluwer

CEDAM

PASQUALE BRONZO, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*

PROBLEMI ATTUALI DELLA GIUSTIZIA PENALE

Studi raccolti da ANGELO GIARDA – GIORGIO SPANGHER – PAOLO TONINI

PASQUALE BRONZO

IL FASCICOLO PER IL DIBATTIMENTO

Potere delle parti e ruolo del giudice



Wolters Kluwer

CEDAM

Copyright 2017 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 – 20090 Milanofiori Assago (MI)

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633. Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale - cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale - e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da EDISER Srl, società di servizi dell'Associazione Italiana Editori, attraverso il marchio CLEARedi Centro Licenze e Autorizzazioni Riproduzioni Editoriali. Informazioni: www.clearedi.org.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato da GECA s.r.l. - Via Monferrato, 54 - 20098 San Giuliano Milanese (MI)

a Gaetano Melchionna

INDICE

Introduzione.....	pag.	XI
-------------------	------	----

PARTE PRIMA

CAPITOLO I

IL SISTEMA DEL DOPPIO FASCICOLO

1. Il 'doppio fascicolo'.....	pag.	1
2. Il fascicolo processuale nella storia dei sistemi 'misti'.....	»	8
3. La riforma accusatoria: dal fascicolo «del dibattimento» al fascicolo «per il dibattimento».....	»	12
4. La crisi del sistema del doppio fascicolo.....	»	15
4.1. <i>I documenti quali cose pertinenti al reato</i>	»	17
4.2. <i>Gli atti irripetibili</i>	»	18
5. La riforma della disciplina in tema di formazione del fascicolo (rinvio).....	»	25

CAPITOLO II

GIUDICE E PARTI NELLA FORMAZIONE DEL FASCICOLO PER IL DIBATTIMENTO

1. La formazione del fascicolo dibattimentale.....	pag.	27
2. ... «nel contraddittorio delle parti».....	»	30
3. Fascicolazione e controllo di legalità degli atti.....	»	34
4. Le discipline speciali.....	»	42
5. L'udienza per la formazione del fascicolo.....	»	45
6. Violazioni.....	»	47
7. Le questioni preliminari sul contenuto del fascicolo.....	»	56
7.1. <i>L'errato inserimento</i>	»	61
7.2. <i>L'errata esclusione</i>	»	71
7.3. <i>Vizi degli atti d'indagine e questioni preliminari</i>	»	74

8. Rilievi in tema di vizi probatori	»	76
9. Rilievi in tema di inutilizzabilità 'fisiologica'	»	81
10. L'importanza del controllo del fascicolo <i>nel</i> dibattimento	»	84

PARTE SECONDA

CAPITOLO III

GLI ACCORDI SUL FASCICOLO PER IL DIBATTIMENTO

1. Genesi	pag.	87
2. Precedenti	»	93
3. Prospettive applicative	»	98
4. Accordi sul fascicolo e principio del contraddittorio	»	102
5. Il consenso acquisitivo	»	115
5.1. <i>Forme di manifestazione</i>	»	116
5.2. <i>Revocabilità</i>	»	117
5.3. <i>Scelta tecnica</i>	»	120
5.4. <i>La dichiarazione contraria</i>	»	123
5.5. <i>Il consenso omnicomprensivo</i>	»	126
5.6. <i>Il consenso premiale?</i>	»	129

CAPITOLO IV

FASCICOLO PER IL DIBATTIMENTO
E PROCEDIMENTO PROBATORIO

1. Premessa	pag.	137
2. Critica alla tesi secondo cui l'accordo richiederebbe un controllo di ammissibilità probatoria	»	138
2.1. <i>Legalità degli atti negoziati</i>	»	141
2.2. <i>Rilevanza e non superfluità degli atti negoziati</i>	»	144
3. Critiche all'assimilazione tra gli accordi e le «richieste di prova»	»	145
4. Applicazione del regime degli atti allegati <i>ex lege</i>	»	148
5. Le letture presuppongono un controllo di rilevanza?	»	150
5.1. <i>Critiche</i>	»	153
6. La funzione delle letture dibattimentali	»	158
6.1. <i>Le letture dal fascicolo per il dibattimento</i>	»	164
6.2. <i>Le letture dal fascicolo del pubblico ministero</i>	»	171
6.3. <i>L'indicazione di utilizzabilità</i>	»	173
6.4. <i>Gli effetti 'acquisitivi' delle letture</i>	»	175
6.5. <i>Le letture in appello</i>	»	182
6.6. <i>Conclusioni: omessa lettura e omessa indicazione</i>	»	185

7. L'assenza del controllo di rilevanza.....	»	187
8. Il procedimento acquisitivo degli atti concordati.....	»	191

PARTE TERZA

CAPITOLO V

TEMPI DEGLI ACCORDI

1. Premessa. I confini temporali delle iniziative istruttorie.....	pag.	195
2. Profili controvertibili.....	»	201
3. Una proposta interpretativa.....	»	208
4. Conclusione: gli accordi non sono possibili oltre gli atti introduttivi.....	»	216
5. Accordi acquisitivi in sede di esame testimoniale.....	»	222
6. Accordi acquisitivi nel giudizio d'appello.....	»	228

CAPITOLO VI

OGGETTO DEGLI ACCORDI

1. Atipicità delle acquisizioni concordate.....	pag.	231
2. Accordi acquisitivi e modalità di documentazione degli atti.....	»	234
3. La provenienza degli atti. Gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero.....	»	251
3.1. La «documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva».....	»	258
4. Atti inutilizzabili.....	»	263
5. Atti nulli.....	»	272

CAPITOLO VII

SOGGETTI DEGLI ACCORDI

1. Il problema degli interlocutori del patto probatorio. La teoria relativistica.....	pag.	279
2. La teoria dell'interesse <i>ad opponendum</i>	»	287
3. Conclusioni: gli accordi richiedono l'unanimità.....	»	291

CAPITOLO VIII

ACQUISIZIONI CONCORDATE E INIZIATIVA ISTRUTTORIA

1. L'accordo acquisitivo non consuma il 'diritto alla prova'.....	pag.	295
---	------	-----

2.	Incidenza degli accordi sull'ammissione delle prove	»	299
3.	Accordi e iniziative istruttorie officiose	»	304
3.1.	<i>Oggetto e limiti dell'art. 507 comma 1-bis</i>	»	308
Bibliografia.....			pag. 311

INTRODUZIONE

La ricerca dalla quale è nato questo lavoro ha preso le mosse, ormai qualche anno fa, dall'istituto innovativo e attraente degli accordi sulla formazione del fascicolo dibattimentale. Disegnata con pochi tratti, questa figura processuale è particolarmente impegnativa per l'interprete, costretto a rintracciare nel sistema del codice una serie di aspetti che le disposizioni normative lasciano in ombra, come i meccanismi di funzionamento e gli effetti sul procedimento probatorio.

Trattandosi di una (nuova) tipologia di iniziativa istruttoria, molte delle ricostruzioni proposte dalla dottrina mutuano gli schemi tipici del procedimento di formazione della prova, ma considerati *ratio*, testi normativi e ascendenze, è sembrato piuttosto che la disciplina degli atti acquisiti pattiziamente debba seguire le regole proprie di tutti gli atti che compongono il contenuto originario del fascicolo ufficiale. Dopo poco, l'indagine si è, fatalmente, allargata al congegno del fascicolo per il dibattimento, riscontrando un panorama interpretativo frastagliato, caratterizzato da frequenti scollamenti tra le ricostruzioni dottrinali e le letture giurisprudenziali.

Per gli atti che fanno parte del contenuto legale del fascicolo, l'analisi delle norme restituisce un procedimento probatorio peculiare – lontano dalla sequenza dibattimentale iniziativa istruttoria-ammissione-acquisizione della prova – e coerente all'idea di una *dotazione* informativa *necessaria*. Utile al giudice per gestire il dibattimento prima e decidere poi.

Non si tratta soltanto di un'ammissione *de plano*, come già aveva intuito Delfino Siracusano: sembra che quegli atti seguano un percorso che li porta direttamente all'interno del materiale decisivo, senza filtri di rilevanza né a monte, al momento dell'ingresso nel processo, né a valle, al momento della lettura in dibattimento. La stessa lettura, che ai tempi del fascicolo omnicomprendivo era un momento di selezione e di acquisizione al dibattimento della prova verbalizzata, nel sistema attuale sembra piuttosto strumento argomentativo, e per gli atti già ap-

partenenti al fascicolo del dibattimento non ha alcuna funzione selettiva.

L'ingresso di questi materiali non è neppure condizionato a verifiche di legalità, se non *sub specie* di corrispondenza alle tipologie di atti ammessi a far parte dell'incartamento, mentre eventuali vizi rilevano solo al momento della decisione.

Degli accordi tra le parti sulla composizione del fascicolo si propone una ricostruzione differente da quella maggioritaria, sia per il funzionamento che per la *ratio*. Quanto al primo, sebbene queste negoziazioni abbiano la sostanza di una richiesta probatoria congiunta, pare che il regime sia assimilabile a quello dei contenuti necessari del fascicolo. Nessun vaglio di rilevanza, né di 'legalità' degli atti allegati patizientemente. Nessun vizio processuale è superato dall'accordo, ma si tratta di questioni che rilevano in camera di consiglio.

Quanto alla *ratio*, sembra preferibile ravvisare nell'acquisizione concordata una prova formata nel contraddittorio tra le parti, espresso in forma convenzionale anziché antagonistica. E, dunque, l'acquisizione al fascicolo non è concepibile fuori da un accordo unanime; non è ammissibile sull'intero fascicolo del pubblico ministero; non può sostituire la prova orale che qualcuno abbia richiesto, soltanto per ovviare ad una difficoltà dibattimentale.

Il primato del metodo orale è preservato dalla possibilità di ampliamento istruttorio sempre concesso al giudice, e giustifica la conservazione in capo ad ogni contendente del diritto alla prova attraverso la medesima fonte e sugli stessi temi.

Nelle note le pubblicazioni vengono citate in forma abbreviata, e sono riportate integralmente nella bibliografia. Gli articoli cui non segue alcuna indicazione si riferiscono al codice di procedura penale vigente. Per il codice previgente, viene indicato «c.p.p. abr.», per i codici di rito penale anteriori, alla dicitura «c.p.p.» viene affiancato l'anno di entrata in vigore. L'indicazione «disp. att.» denota le norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale vigente.

PARTE PRIMA

CAPITOLO I

IL SISTEMA DEL DOPPIO FASCICOLO

SOMMARIO: 1. Il ‘doppio fascicolo’. – 2. Il fascicolo processuale nella storia dei sistemi ‘misti’. – 3. La riforma accusatoria: dal fascicolo «del dibattimento» al fascicolo «per il dibattimento». – 4. La crisi del sistema del doppio fascicolo. – 4.1. I documenti quali cose pertinenti al reato. – 4.2. Gli atti irripetibili. – 5. La riforma della disciplina in tema di formazione del fascicolo (rinvio).

1. IL ‘DOPPIO FASCICOLO’

Poche regole come quella del ‘doppio fascicolo’ rendono fisicamente l’idea della opzione epistemologica su cui si fonda l’attuale sistema processuale, al punto che non è facile neppure immaginarla disgiunta da esso. Si tratta di un sistema ingegnoso, anche se assai articolato. L’istituto, sopraggiunto, delle acquisizioni concordate di atti, innestandovi inedite logiche dispositive, immette ulteriori elementi di complessità.

L’attuale modello processuale *senza istruzione*¹ si basa sul princi-

¹ D. SIRACUSANO, *Il dibattimento*, cit., p. 158. Il riferimento è, evidentemente, all’istruzione cd. ‘preparatoria’: nei sistemi misti l’istruzione, «complesso di atti che è diretto a ricercare se e da chi un determinato reato sia stato commesso, e a preparare al giudicante gli elementi necessari per l’accertamento della verità, si verifica tanto nel periodo anteriore al dibattimento, quanto nel dibattimento stesso»; l’istruzione preparatoria serve a formulare l’accusa, quella dibattimentale a predisporre la decisione, producendo «gli elementi per il convincimento del giudice del dibattimento» (V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 325). Per eliminare il peso della prima istruzione sulla sentenza, la riforma abbandona lo schema misto, a due fasi (processo: istruzione-dibattimento), in favore di uno schema monofasico (processo: dibattimento), in cui il dibattimento è preceduto da una fase, non processuale, con funzione non preparatoria ma solo preliminare.

prio dell'irrelevanza delle attività svolte prima del giudizio, preordinate esclusivamente alle decisioni sull'esercizio dell'azione, in funzione dell'assoluta centralità del metodo probatorio dibattimentale. L'impermeabilità del processo alle risultanze investigative, espressa nel principio di separazione delle fasi, è presidiata da tre livelli di 'sbarramento': non conoscibilità degli atti, divieto di letture acquisitive, divieto di utilizzazione.

L'art. 431 codifica la regola della non conoscibilità degli atti d'indagine, realizzata attraverso il sistema del c.d. 'doppio fascicolo': gli atti delle indagini, una volta disposto il rinvio a giudizio, vengono conservati in un incartamento diverso da quello d'ufficio, nel quale filtrano solo gli atti che non sono ripetibili in dibattimento.

A tale disposizione fa *pendant* l'art. 514, fissando il principio della 'non leggibilità' degli atti d'indagine, salvo eccezioni. Il regime previgente, secondo cui ogni lettura non vietata era consentita ², viene capovolto. Quella disciplina aveva finito per legittimare il cumulo delle acquisizioni conseguite nelle due fasi: bastava interpretare i divieti di lettura in modo restrittivo, per allargare la breccia al principio di formazione dibattimentale della prova. È un mutamento importante: se la regola è costituita dal divieto di acquisire in giudizio i verbali pre-dibattimentali, le norme sulle letture consentite (artt. 511-513), in quanto norme d'eccezione, non tollerano ampliamenti in via interpretativa ³.

Il divieto generale di lettura è completato dal divieto di utilizzare per la decisione materiali diversi dalle prove legittimamente acquisite nel dibattimento (art. 526: «prove utilizzabili ai fini della deliberazione»).

Le tre regole operano *in sequenza*: i risultati delle indagini non sono conoscibili dal giudice (artt. 431 e 433); in ogni caso, non sono acquisibili al dibattimento tramite lettura (art. 514); e comunque non sono utilizzabili per la decisione (art. 526 comma 1).

La sovrapposizione degli sbarramenti indica la cura con cui i compilatori del codice tutelano il metodo dibattimentale: in astratto, sarebbe bastato il divieto di lettura, rafforzato dalla regola della non conoscibilità degli atti investigativi, eppure il sistema viene chiuso da un

² Salvi gli espressi divieti, il presidente o il pretore poteva ordinare anche d'ufficio la lettura, nel momento che riteneva opportuno, di rapporti, dei referti, delle querele, delle richieste, delle istanze, delle denunce e di ogni altro atto o documento del procedimento (art. 466 comma 2 c.p.p. 1930).

³ G. FRIGO, sub *Art. 431*, cit., p. 714.

divieto generale di 'uso', che riafferma l'imprescindibilità di quel metodo. La clausola non solo ribadisce il rispetto delle regole di legalità probatoria, che nel rito previgente erano messe «in ombra dal potere del giudice di attingere praticamente ovunque elementi di convincimento»⁴, ma – prima ancora – esclude che possa far prova qualsiasi conoscenza che non provenga dagli atti presenti nel «fascicolo per il dibattimento»: legittime o no, ai fini della decisione quelle conoscenze *non essent de hoc mundo*.

Pertanto il divieto non opera solo relativamente alle conoscenze ottenute violando le regole dell'istruzione (una lettura eseguita fuori dai presupposti di legge, ad esempio), ove è stato necessariamente *violato* pure il divieto di conoscenza delle indagini. Esso opera anche in relazione a conoscenze che degli atti di indagine provengano al giudice *ab externo*, attraverso la loro illegittima divulgazione, anche attraverso mezzi di comunicazione di massa (art. 114), nei quali il divieto di conoscenza viene violato in modo indiretto. E opera anche nei casi in cui il giudice conosca *legittimamente* i protocolli investigativi (quando ordina l'esibizione degli atti d'indagine per decidere sulla richiesta di patteggiamento⁵, quando decide in via preliminare sulla competenza territoriale⁶ o sulla corretta composizione del fascicolo, quando deve assumere decisioni cautelari⁷) e nei quali il divieto

⁴ G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento*, cit., c. 361. L'intento di superare la prassi che consentiva ai giudici di valutare verbali istruttori provenienti dalla fase predibattimentale e non letti in dibattimento, è esplicitato nella relazione al progetto preliminare 1978 (a proposito dell'art. 498, omologo dell'attuale 526: Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale (1978), in G. CONSO - V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., vol. I, *La legge delega del 1974*, cit., p. 1158).

⁵ Quando la richiesta di patteggiamento viene rinnovata in dibattimento prima della dichiarazione di apertura, si consente al giudice di ordinare l'esibizione degli atti (art. 132 disp. att., applicabile anche all'ipotesi di richiesta di rito abbreviato: Cass., Sez. un., 27 ottobre 2004, Wajib, in *Cass. pen.*, 2005, p. 358, con nota di P. SPAGNOLO, *Note minime*, cit.). Rileva l'ipotesi in cui la richiesta del rito speciale venga rigettata: ove sia accolta, il *dossier* investigativo finisce per intero nell'incartamento dibattimentale, ma si tratta di atti ormai valutabili a fini decisorii e la fattispecie è estranea alla logica del 'doppio fascicolo', poiché in assenza di dibattimento l'esigenza di tutelare l'originarietà dell'istruzione orale neppure si pone.

⁶ In quel momento può risultare complicato decidere del solo fascicolo processuale: perciò la parte può supportare l'eccezione con produzioni attinte dall'incartamento investigativo, e il giudice può ordinare l'esibizione del fascicolo (Corte cost., 14 maggio 1995, n. 130, in *Giur. cost.*, 1995, p. 1043).

⁷ Due le occasioni. La prima quando all'inizio del dibattimento sia già in corso una misura cautelare: la relativa ordinanza va trasmessa al giudice contestualmente al fascicolo dibattimentale, perché questi possa vigilare sulla perdurante legittimità della restrizione (art. 432). Qui il *vulnus* all'ingenuità del giudice è rimarchevole, per la for-

di conoscenza *non vale*⁸. In relazione ad ognuna di queste ipotesi, il precetto contenuto nel primo comma dell'art. 526 sterilizza, ai fini della decisione penale, le informazioni che siano *comunque* pervenute al giudice.

Di certo però la scelta più innovativa compiuta dal legislatore del 1988 in materia istruttoria è proprio in quel 'divieto di conoscenza', nel quale si traduce, in ultima analisi, la sottrazione al giudice dibattimentale della disponibilità degli atti dell'indagine: essa segna il ripudio della condizione di onniscienza assicurata dal vecchio volume processuale, costituito «per accumulo» di tutti gli atti del procedimento, grazie al quale l'organo dibattimentale *ereditava* l'intero patrimonio delle informazioni raccolte nell'istruzione, e addirittura quelle anteriori al suo avvio⁹.

I pericoli derivanti da quella condizione sono ben testimoniati dall'esperienza del sistema misto, nel quale, malgrado il principio della valenza *meramente* preparatoria della fase predibattimentale, la conoscenza degli atti pregressi condizionava il giudice anche nella gestione del dibattimento: l'autonomia conoscitiva rendeva l'organo giudicante poco incline ad ascoltare le parti, e fatalmente attratto dalle prospettive di recupero delle informazioni precostituite¹⁰. Pur potendo leggere ed utilizzare parzialmente le carte istruttorie, e solo a date condizioni, disponeva dell'*intero* fascicolo processuale; il presidente del tribunale o della corte d'assise addirittura doveva *studiarlo*, nel predibattimento,

za pregiudicante delle ordinanze restrittive, che riproducono atti investigativi, e contengono valutazioni 'giurisdizionali' sui fatti di causa (G. FRIGO, sub *Art.* 433, cit., p. 735). La seconda occasione è fornita dall'istanza *de libertate* presentata al giudice dibattimentale (per l'applicazione o la modifica della misura in corso) ove si ritenga che il richiedente può allegare atti attinti dall'incartamento del p.m. (Cass., Sez. II, 14 febbraio 2001, Martinelli, in *Cass. pen.*, 2002, p. 287); qui il giudice, per rendere il provvedimento richiesto, deve (e non solo può) conoscere gli atti investigativi.

⁸ In generale, il meccanismo del doppio fascicolo non è di ostacolo alla conoscenza degli atti di indagine quando serva ad assumere decisioni di ordine processuale, non riguardanti l'accertamento della responsabilità dell'imputato (P. BRONZO, voce *Fascicoli processuali (dir. proc. pen.)*, cit., p. 9).

⁹ G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento*, cit., c. 358.

¹⁰ «Chi consideri le cose sotto l'aspetto pratico e reale, e non sotto quello astratto e fittizio, dovrà convenire che l'eccessivo divieto di letture nel dibattimento, oggi imperante, si fonda sopra un presupposto, per non dir altro, molto ingenuo; che cioè il giudice ignori ciò che è negli atti o che può essere esposto oralmente, nella discussione (con o senza artifici), dal pubblico ministero o dal difensore. Se anche volesse ignorarlo, non lo potrebbe, perché i giudici, o almeno il presidente e il relatore, hanno il dovere di prendere cognizione, prima del dibattimento, di tutto il contenuto del volume processuale e nel dibattimento devono prestare attenzione a tutto ciò che espongono le parti» (*Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U. n.* 250 del 24 ottobre 1988, p. 89).

per prepararsi a svolgere l'escussione dibattimentale: era facile che assorbisse l'impostazione impressa all'istruttoria e attendesse dal dibattimento una verifica di tale impostazione ¹¹.

Di qui lo svilimento delle prerogative dei contendenti, schiacciati dalla direzione 'materiale' del dibattimento da parte di un giudice-investigatore, che inseguiva *sin dall'inizio* l'idea dei fatti che aveva maturato: attraverso un largo impiego dei propri poteri istruttori, incluse le letture di atti ¹²; attraverso la puntigliosa sorveglianza sull'introduzione ed assunzione delle prove ¹³.

La storia dei sistemi misti mostra come i riti di stampo liberale, attenti a realizzare un processo 'in stile inglese', siano riconoscibili non già per la riduzione dei poteri istruttori del giudice dibattimentale, quanto per la cura con cui tendevano a sottrarre agli occhi del giudicante gli atti raccolti prima e fuori dalla scena pubblica.

In risposta agli inconvenienti del processo *con istruzione*, il legislatore del 1988 ha ritenuto che, se davvero le attività compiute nelle fasi anteriori al giudizio non devono avere efficacia nella decisione, è opportuno – oltre che vietarne l'uso – impedirne comunque l'acquisizione al processo, e prima ancora privare il giudice della conoscenza, e della materiale disponibilità, dei relativi protocolli ¹⁴. Le carte proces-

¹¹ Cfr. M. SCAPARONE, *L'attività probatoria*, cit., c. 65.

¹² Le letture, già largamente consentite dal codice, erano «progressivamente aumentate da una pratica giudiziaria, sempre più disincantata di fronte alle prospettive di una diretta ed impegnata elaborazione dibattimentale della prova» (D. SIRACUSANO, *Le disposizioni della legge-delega*, cit., p. 1117). L'interpretazione *stricta* dei divieti di lettura legittimava letture *per relationem*: «nel divieto stabilito dall'art. 462 non è compresa la lettura di quelle testimonianze assunte dalla polizia che formino parte integrante del rapporto; essendo la lettura di questo in dibattimento sempre consentita anche di ufficio» (Cass., Sez. II, 13 maggio 1975, Arresta, in *C.E.D. Cass.*, n. 130920). Circolava poi un'interpretazione abusiva del principio del libero convincimento, che legittimava l'impiego di atti non acquisibili, fino al rapporto di polizia, distinguendo tra un uso probatorio in senso stretto ed una inafferrabile valutazione probatoria minorata, che oggi si definirebbe 'di riscontro': le sentenze spiegavano come l'atto servisse qui non come prova, ma 'per meglio lumeggiare i fatti' (F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., p. 176, nt. 3). Infine, le letture erano vietate a pena di nullità relativa, sanabile; l'art. 471 c.p.p. abr. imponeva di formulare l'eccezione prima del compimento dell'atto o immediatamente dopo (D. SIRACUSANO, *Particolari profili delle nullità*, cit., p. 1025).

¹³ Arcigno nel delibare la *rilevanza* delle istanze, *valutava* le prove prima di acquisirle; l'utilità delle acquisizioni, poi, non veniva apprezzata dal giudice nella prospettiva del richiedente ed in base alla ricostruzione da questi offerta, bensì sulla scorta di una *propria* idea dei fatti, oramai maturata dalla conoscenza delle carte; sulla possibilità del giudice di orientare il procedimento probatorio e condizionarne gli esiti, vedi G. GIOSTRA, *Valori ideali*, cit., p. 24.

¹⁴ Netta la differenza rispetto al sistema previgente: «oggi, dalla notizia di reato

suali che non sono utilizzabili come prova nella decisione non possono essere materialmente acquisite agli atti del processo, e vanno tenute fuori dal *visus* del giudice.

Il meccanismo del doppio fascicolo è «lo strumento pratico di realizzazione del sistema probatorio del nuovo processo»¹⁵, perché previene il rischio che i risultati delle attività compiute *ante iudicium* possano influenzare il giudice non soltanto nella sentenza, ma ancor prima nella conduzione del dibattimento. Sotto il primo aspetto, la duplicazione dei fascicoli serve a dare effettività alla regola dell'irrelevanza probatoria dell'indagine: siccome la conoscenza dei materiali investigativi può condizionare psicologicamente il giudice nella decisione, il congegno previene tale subliminale influenza. Quanto al secondo, l'inferiorità conoscitiva del giudicante rafforza la centralità delle parti nella formazione della prova: il giudice le cui informazioni dipendono dalle parti è stimolato a prestare la massima attenzione all'attività dei contendenti e ad essere ricettivo rispetto ad ogni apporto¹⁶. Al tempo stesso, l'*ingenuità* del giudice induce ad un impiego misurato dei suoi poteri di direzione materiale del dibattimento, attenuando la tentazione di farne uso per seguire solitarie ricostruzioni del fatto¹⁷.

La regola della 'non conoscibilità' degli atti d'indagine viene attuata attraverso un regime di fascicolazione che toglie all'organo dibattimentale sia la conoscenza che la materiale disponibilità dei contenuti del vecchio *dossier* processuale, e distribuisce gli atti del procedimento tra due distinti fascicoli: i verbali delle indagini via via compiute e quelli dell'udienza preliminare finiscono in un 'fascicolo del pubblico ministero', che resta per tutto il processo nell'esclusiva disponibilità

[...] in poi, tutto ciò che riguarda il processo forma il fascicolo (atti di polizia giudiziaria, di istruzione e dibattimentali; rapporto, verbali, memorie, note informative, lettere, ecc.) e finisce con l'influenzarne la decisione, anche quando non se ne discute nel dibattimento e non se ne parla nella sentenza» (GIO. LATTANZI, *La formazione della prova*, cit., p. 2298).

¹⁵ L. SARACENI, *Fascicolo processuale*, cit., p. 126.

¹⁶ Tanto quanto le vaste conoscenze del giudice del codice Rocco ne fiaccavano l'interesse rispetto all'*happening* dibattimentale (E. AMODIO, *Il modello accusatorio*, cit., p. XLIII ss.).

¹⁷ La disponibilità degli atti finiva «per 'prevenire' il giudice stesso, orientandone o talora sbilanciandone i comportamenti» nel corso dell'istruzione dibattimentale: G. FRIGO, sub *Art. 431*, cit., p. 714. In questa prospettiva si afferma che l'art. 431 è una «norma di sostegno all'affermazione del ruolo di terzietà del giudice» (N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 125), e che gli accordi sul fascicolo incidono sulla «condizione cognitiva nella quale si trova ad operare l'organo giudicante dibattimentale sino all'apertura dell'istruzione» e dunque sul «grado possibile di precostituzione del convincimento sulla *res iudicanda*» (H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 167).

delle parti; alla fine dell'udienza preliminare viene poi formato *ex novo*, per il dibattimento, un diverso fascicolo, sconosciuto al sistema previgente, destinato a raccogliere gli atti del giudizio, inclusi i prodotti dell'istruzione compiuta *coram partibus*.

Eccezionalmente, vi trovano posto alcuni protocolli relativi ad atti compiuti durante l'indagine. Il dibattimento inizia con un fascicolo «magro»¹⁸, ma non completamente vuoto: il sistema vigente si fonda su una logica compromissoria, in base alla quale filtrano nel fascicolo d'ufficio, sin dal suo iniziale confezionamento, *taluni* atti compiuti fuori dal dibattimento, destinati ad essere utilizzati nella decisione alla pari delle prove formate nel processo¹⁹.

Questo limite di operatività non contraddice il principio di separazione tra le fasi: l'equazione tra processo e dibattimento mira a superare quella «irrazionale duplicazione delle forme istruttorie»²⁰, che nei riti misti aveva favorito la crisi dell'accertamento orale, ma neppure un processo fondato sulla regola della formazione dibattimentale della prova può permettersi di rinunciare ad ogni informazione che *non possa* esser raccolta in modo dialettico, se è davvero interessato all'accertamento dei fatti.

Per questo nel *nostro* processo 'accusatorio' si riconosce valore di prova a certi atti compiuti nella fase preprocessuale che in tal modo, nonostante l'immediata funzione investigativa, nascono idonei all'uso decisorio. Si tratta di una deroga *necessaria*, dovuta alla impossibilità dello svolgimento di tali attività col metodo dibattimentale, come per gli atti *a sorpresa*, oppure all'impossibilità di rinnovarli in dibattimento una volta che siano stati già compiuti, come per certi accertamenti tecnici²¹. Peraltro, il legislatore ha parzialmente compensato lo strappo, prevedendo per questo tipo di attività adempimenti che consentono,

¹⁸ E. AMODIO, *Fascicolo processuale*, cit., p. 174.

¹⁹ Il principio dell'irrelevanza probatoria degli atti d'indagine non è assoluto: il processo accusatorio all'italiana, per tanti versi peculiare rispetto agli archetipi, non rinuncia completamente ai risultati della fase investigativa: sfuggono alla regola i prodotti di attività anticipatorie dell'istruzione e dunque compiute secondo regole sovrapponibili a quelle dibattimentali (incidente probatorio) o che forniscono dati non acquisibili col metodo orale. Diversa la soluzione vagheggiata da Carnelutti nel suo progetto del 1963 (F. CORDERO, *Linee di un processo accusatorio*, cit., p. 61).

²⁰ G. LATTANZI-E. LUPO, *La nuova legge delega*, cit., p. 184.

²¹ Fin dall'epoca del *Code Napoleon* del 1808 il concetto di atto irripetibile era centrale nella definizione del rapporto tra dibattimento e fasi anteriori, nel senso che «le prove predibattimentali – eccettuate le irripetibili – sarebbero state tali, solo ai fini della decisione conclusiva della fase preliminare» (M. NOBILI, *Il libero convincimento*, cit., p. 410).

entro certi limiti, la presenza all'atto dell'*altera pars*, come per gli accertamenti tecnici non ripetibili (art. 360) o le intercettazioni (art. 268 comma 6)²². Questi atti penetrano nel processo e giungono a conoscenza del giudice attraverso il loro inserimento nel fascicolo dibattimentale²³.

Per tutti gli altri atti di indagine, irrilevanti ai fini del giudizio, destinati a confluire nel fascicolo del pubblico ministero (art. 433) il legislatore è stato attento a prevenire per quanto possibile anche la loro stessa conoscibilità da parte del giudice dibattimentale: ha affidato al giudice dell'udienza preliminare la cernita degli atti da allegare (art. 431) ed ha stabilito che i verbali inclusi erroneamente – che in ogni caso sarebbero stati inidonei all'impiego decisorio – siano anche fisicamente eliminati dal *dossier* dibattimentale (art. 491 comma 4)²⁴.

2. IL FASCICOLO PROCESSUALE NELLA STORIA DEI SISTEMI 'MISTI'

L'idea del *fascicolo processuale* è un derivato del regime della scrittura, caratteristico dei sistemi inquisitori. I tempi lunghi e lo stile burocratico, caratterizzato dalla normale revisionabilità nel merito delle decisioni, rendevano irrinunciabile un incartamento processuale che

²² «Garanzia difensiva nel compimento dell'atto e sua utilizzabilità nel giudizio devono costituire le due essenziali componenti del binomio corrispondente all'altro, formato da esclusione della possibilità di presenza del difensore all'assunzione dell'atto e sua inutilizzabilità» (G. LATTANZI-E. LUPO, *La nuova legge delega*, cit., p. 186). Non a caso, vigente il codice Rocco la questione della 'ripetibilità' appariva nelle discussioni sull'assenza del difensore alle testimonianze istruttorie e sulla leggibilità dei relativi verbali in caso di impossibile rinnovazione dibattimentale dell'atto (Corte cost., 13 aprile 1972, n. 63 e Corte cost., 9 novembre 1973, n. 875; G. LOZZI, *Lecture testimoniali*, cit., p. 875 ss.).

²³ A parte le allegazioni di atti utili (solo) a verificare la procedibilità e all'esercizio dell'azione civile (lett. a)) e quelle relative a materiali che non sono atti d'indagine (casellario, documenti sull'imputato: lett. g)), e i verbali di incidente probatorio, tutte gli altri contenuti originari del fascicolo sono giustificati dalla 'irripetibilità': alle fattispecie di cui all'art. 431 lett. b), c) e d) (ultima parte) vanno aggiunte quelle previste in due disposizioni attuative, gli artt. 78 e 223 disp. att., riguardanti, rispettivamente, gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera e le analisi non ripetibili di campioni. Al medesimo trattamento degli atti irripetibili sono, infine, assoggettati atti non irripetibili, ma caratterizzati – in quanto compiuti in via rogatoriale – da una *difficile* ripetibilità (lett. d), prima parte e lett. f)).

²⁴ Per gli atti appartenenti al fascicolo del p.m. il transito al fascicolo processuale rappresenta una eventualità eccezionale, necessariamente collegata a sopravvenienze (artt. 500, 503, 512, 512-bis, 513, 514).

costituisse la memoria storica del processo. L'archetipo accusatorio neppure conosce scrittura e verbali.

Nella tradizione del processo misto, che aveva innestato sulla fase istruttoria di tipo inquisitorio un momento dibattimentale accusatorio era ritenuto naturale che il giudice, il quale solitamente non poteva impiegare nella decisione il materiale raccolto nella fase preparatoria, dovendo basarsi sulla prova formata in dibattimento, avesse in ogni caso conoscenza e disponibilità dell'intero incartamento processuale. L'idea di privare l'organo giudicante della disponibilità *materiale* delle carte che gli è vietato usare nel decidere era pressoché sconosciuta prima dell'avvento del codice vigente²⁵.

La possibile influenza sul giudicante, anche solo sul piano psicologico, dei materiali spuri (per qualche ragione inidonei all'impiego decisorio) presenti in quel fascicolo onnicomprensivo non destava particolare preoccupazione. Il rischio di contaminazioni del giudizio era, infatti, tradizionalmente riconnesso al processo con giuria: la componente emotiva che connotava il conoscere del giudicante laico lo rendeva particolarmente esposto a quell'influenza. Dopo il fallimento dell'esperienza dei processi con giuria della Francia rivoluzionaria, le regole processuali dei sistemi misti sono state calibrate, piuttosto, sulla figura del giudice di carriera, nella cui professionalità era ritenuta insita l'attitudine a selezionare – anche mentalmente – tra le conoscenze acquisite, quelle legittimamente impiegabili per decidere²⁶.

La preoccupazione di sottrarre agli occhi del giudicante i materiali non valutabili compare nei codici rivoluzionari, che mutuano lo schema del dibattimento 'in stile inglese', giuria compresa. Essa è ben espressa dalla regola secondo cui, per la massima tutela dell'oralità, ai giurati non vanno trasmesse le deposizioni scritte dei testimoni. Nel rito penale di cui al decreto 16-29 settembre 1791 al *jury d'accusation* pervenivano gli atti della 'informazione preliminare', ma non le

²⁵ Relativamente a questo aspetto, la cd. fase accusatoria del processo misto si allontanava dal modello, basato sull'idea della contesa tra due parti alla presenza di un arbitro neutrale; è «implicito che si tratta di qualcuno che prima non conosceva nulla del caso; che questo arbitro ascolta, per la prima volta e nella sua forma originale, le cose che ciascuna parte deve dire e che decide se le accuse sono fatte o no in base a ciò che lui ha udito» (J.R. SPENCER, *Il diritto sulla prova*, cit., p. 281).

²⁶ L'idea è ancora presente nei sistemi attuali di tipo misto, come quello tedesco, in cui il presidente togato del collegio giudicante, essendo investito anche della funzione di deliberazione dell'accusa, conosce l'intero fascicolo, l'accesso al quale viene precluso solo agli scabini, per pregiudizi (F. RUGGIERI, *Soggetti e struttura*, cit., p. 128).

deposizioni scritte dei testimoni, che i giurati sentivano *a viva voce*²⁷, né alcuno scritto testimoniale perveniva al *jury de jugement*, che emetteva il verdetto²⁸. Le dichiarazioni raccolte fuori dall'udienza pubblica servivano a puri fini 'investigativi' (diremmo oggi); a disincentivare future reticenze dei testimoni; a fornire elementi per la correzione del giudizio in sede di impugnazione²⁹.

Il *Code Merlin* 1795, pur prevedendo la leggibilità della deposizione scritta dei testimoni in caso di difformità delle dichiarazioni dibattimentali, manteneva la regola fondamentale secondo cui il presidente del tribunale doveva rimettere ai giurati tutti gli atti del processo, ma non le documentazioni scritte delle testimonianze istruttorie e dell'interrogatorio dell'imputato (art. 382), proprio perché, pur rappresentando una regressione in senso inquisitorio rispetto ai primi codici rivoluzionari in stile inglese, conservava dei predecessori l'istituto della giuria³⁰. E quando in Italia il codice Romagnosi 1807, pur ispirato al modello napoleonico, ripudiò la giuria in favore di un giudice professionalizzato, non riprodusse il divieto di rimettere all'organo decidente le deposizioni scritte dei testimoni³¹.

²⁷ Si tratta del secondo codice rivoluzionario, («*concernant la police de sureté, la justice criminelle et l'établissement des jurés*») che abrogò l'*Ordonnance criminelle* del 1670; nel primo esperimento (decreto 8-9 novembre 1789: «*sur la réformation de quelques points de la jurisprudence criminelle*») la modernizzazione del rito inquisitorio si era fermata: il correttivo principale al sistema dell'*Ordonnance* era rappresentato dagli *adjoint*, laici scelti tra i notabili del posto per coadiuvare e controllare il giudice (P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 14 ss.).

²⁸ Il presidente documentava per iscritto eventuali interrogatorio dell'accusato e deposizioni da lui raccolte prima dell'udienza pubblica, trasmetteva tali carte solo all'accusatore pubblico, il quale poteva usarle come a titolo di semplice «*renseignement*» (P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 17).

²⁹ P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 22, nota come il divieto di leggere, ma anche quello di trasmettere ai giurati le deposizioni raccolte fuori dall'udienza «realizzava l'immediatezza del verdetto intesa come identità tra il giudice che assume la prova e il giudice che decide, evitando la suggestione esercitata sui testi e sui giurati dalla lettura dei verbali istruttori», e come «il divieto di trascrivere le testimonianze rese in pubblica udienza chiudeva il cerchio delle garanzie, stimolando la costante attenzione dei giurati sulle attività probatorie dibattimentali» (p. 31).

³⁰ Non a caso il *Code d'instruction criminelle*, nell'affidare il vaglio dell'atto di accusa ad un giudice togato (e non più al *jury d'accusation*) stabilì che quella deliberazione avvenisse in base ai protocolli cartacei (P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 62).

³¹ P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 73 nota quanto pericolosa fosse la disponibilità di quegli atti in un sistema che, pur avendo abbandonato la giuria del modello francese, in favore del giudice togato, di quel modello conservava la regola del verdetto, della decisione senza obbligo di motivazione.

Ad ogni modo – si noti – il divieto di leggere e di fornire ai giurati le deposizioni scritte era funzionale *esclusivamente* all’oralità-immediatezza: gli atti d’istruzione a contenuto non dichiarativo (perquisizioni, ispezioni, sequestri, rapporti di medici o di altri esperti) erano sempre leggibili in dibattimento e rimessi ai giurati per la decisione. Un caso singolare è quello del Codice del Regno delle due Sicilie, che del resto si segnala nella tradizione dei sistemi misti come quello più lontano dalle matrici inquisitoriali soprattutto proprio per il livello di realizzazione del metodo orale³²: la «istruzione scritta» è destinata a sparire agli occhi dei deliberanti e «la soluzione delle quistioni di fatto» scaturisce dalle «pruove legittimamente presentate e discusse in dibattimento»³³.

Nei nostri codici post-unitari al giudice è sempre stato accessibile l’intero fascicolo processuale, che comprendeva anche gli atti dell’istruzione formale dei quali era vietato l’uso decisorio. Era considerato naturale che il giudice dibattimentale fosse al corrente degli esiti della fase istruttoria, ed anzi si riteneva auspicabile che il giudice dibattimentale affrontasse il giudizio dopo un attento studio degli atti di causa da parte, per giungere preparato alla ‘conduzione’ del dibattimento³⁴. Essendo affare suo anche la selezione e la formazione del materiale probatorio, la conoscenza dei trascorsi procedurali gli serviva anche per decidere di quali mezzi di prove disporre l’acquisizione, e valutare la rilevanza delle istanze probatorie formulate dalle parti.

La presenza di un fascicolo processuale, omnicomprensivo, ha caratterizzato tutti i sistemi basati sullo schema del *processo misto* (istruzione formale-dibattimento) che si sono avvicinati in Italia, fino al codice Rocco.

³² Un «processo embrionalmente accusatorio» (F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, cit., p. 88: «non era mai avvenuto, e non avverrà nel secolo e mezzo seguente, fino all’espansione del rito direttissimo, che l’istruttore monologante contasse così poco»).

³³ N. NICOLINI, *Della procedura penale*, cit., 1843, p. 908.

³⁴ Nella tradizione processuale italiana «di un giudice professionalmente valido si dice che “conosce le carte”» (GIO. LATTANZI, *La formazione della prova*, cit., p. 2298).

3. LA RIFORMA ACCUSATORIA: DAL FASCICOLO «DEL DIBATTIMENTO» AL FASCICOLO «PER IL DIBATTIMENTO»

Con le prime prospettive di superamento del sistema misto l'inversione di rotta, nella materia in questione, è totale. Il progetto di codice del 1978, impostato su strutture radicalmente *adversarial*, prevedeva addirittura una totale occlusione al giudice dibattimentale degli atti compiuti anteriormente; non era stato ancora architettato il sistema della doppia fascicolazione, ma già era previsto che l'organo della decisione non dovesse conoscere gli atti che non avrebbe potuto poi usare; e anche di quelli che era possibile giuridicamente destinare all'impiego decisorio il giudice dibattimentale non aveva che un elenco.

L'idea di privare il giudice della conoscenza degli atti a contenuto istruttorio non fruibili per la decisione perché compiuti fuori dal dibattimento ('fisiologicamente inutilizzabili') nasce nel corso dell'elaborazione del progetto di codice di procedura penale destinato ad attuare la legge delega del 1974³⁵, anche se in quello schema il meccanismo, per assicurare la 'ingenuità' del giudice dibattimentale, era diverso da quello attuale.

Nell'elaborazione del progetto attuativo di quella delega, i compilatori avevano denominato «fascicolo del dibattimento» (art. 445) un incartamento, formato dal cancelliere nel quale non veniva inserito alcun atto a funzione istruttorio, fatta eccezione degli atti 'urgenti' compiuti dal presidente del tribunale nelle more dell'instaurazione del giudizio. Non era prevista l'allegazione neppure degli «atti d'istruzione» eventualmente compiuti dal giudice della fase, né gli atti irripetibili del p.m. che pure erano acquisibili al processo, ove letti³⁶: di questi ultimi figurava nel fascicolo solo un elenco, predisposto dal giudice istruttore e allegato all'ordinanza di rinvio a giudizio, che consentiva al giudice dibattimentale di sapere solo se e quali atti di questo tipo fossero stati

³⁵ L. 3 aprile 1974, n. 108, art. 2, n. 53 (vedila in G. CONSO - V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., vol. I, *La legge delega del 1974*, cit., p. 81). In realtà, la legge delega prevedeva la trasmissione al giudice dibattimentale dell'ordinanza di rinvio a giudizio o dell'ordinanza di fissazione del giudizio immediato con la mera 'indicazione' degli atti irripetibili posti in essere dal pubblico ministero e, nel caso del rito ordinario, degli atti del giudice istruttore. Nulla era detto nella delega né in ordine alla formazione di un fascicolo del pubblico ministero, né in ordine alla formazione di un fascicolo per il dibattimento, ossia di un incartamento a beneficio del giudicante formato in via anticipata rispetto al giudizio.

³⁶ Atti «che per la loro complessità o urgenza non sono rinviabili a dibattimento» o che «sono necessari per precisare l'imputazione», cd. accertamenti generici, oppure utili al proscioglimento immediato.

compiuti, ma non di conoscerne il contenuto, fino alla loro *eventuale* lettura³⁷.

Fisicamente i verbali sarebbero stati custoditi, presso il cancelliere, «a disposizione del giudice del dibattimento e delle parti [...] per le eventuali letture» (art. 446), in un altro incartamento privo di valore processuale che serviva solo ad «evitare di dover perdere tempo nell'attesa che detti atti fossero fatti pervenire al dibattimento dagli uffici del giudice istruttore e del magistrato del pubblico ministero»³⁸. Gli atti *elencati* erano tutti acquisibili al materiale decisivo³⁹, e l'elenco serviva al giudice per rispondere alle richieste di lettura e decidere quali atti leggere *motu proprio*⁴⁰.

Tutti gli altri atti, compiuti da pubblico ministero e polizia giudiziaria, sarebbero stati raccolti in un altro fascicolo, pure esso privo di valore ufficiale, conservato presso l'ufficio del pubblico ministero (art. 376).

L'idea alla base di quel regime normativo era la stessa perseguita dalla disciplina vigente: fornire al giudicante la conoscenza delle *sole* informazioni che gli fosse consentito valutare per la decisione. Nel progetto 1978 però il sistema di fascicolazione impediva al giudice di avere disponibilità (non solo degli atti non leggibili, ma) persino di quelli acquisibili al processo (in quanto, ad es., irripetibili) fino a quando gli stessi non fossero stati letti ed acquisiti: i verbali astrattamente acquisibili ma non acquisiti sarebbero rimasti assolutamente, e definitivamente, fuori dal *visus* del giudicante.

Quel regime però non era esente da inconvenienti, relativi alla situazione conoscitiva tanto del giudice dibattimentale quanto delle parti.

Con riguardo al giudice, fu notato che egli avrebbe potuto prendere conoscenza di atti le cui condizioni di utilizzabilità dibattimentale non erano mai state oggetto di alcuna previa verifica (il fascicolo non era solo custodito dal cancelliere, ma anche formato da quest'ulti-

³⁷ Cfr. G. CONSO, *Dall'udienza preliminare*, cit., c. 520; V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Introduzione*, cit., in G. CONSO - V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. I, *La legge delega del 1974*, cit., p. 123.

³⁸ Relazione al progetto preliminare del 1978, in G. CONSO - V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., vol. I, *La legge delega del 1974*, cit., p. 1069.

³⁹ Per quelli irripetibili la leggibilità era incondizionata; per quelli dichiarativi la lettura era permessa solo quando fosse impossibile l'esame orale; per le dichiarazioni dell'imputato, era possibile su richiesta di quest'ultimo o, in alcuni casi del p.m.

⁴⁰ Occorreva valutare l'utilità di ciascuna acquisizione, e verificare la sussistenza delle condizioni di legittimità dell'operazione acquisitiva (ad es., per i verbali dichiarativi).

mo senza alcuna supervisione giurisdizionale): in quei casi avrebbe potuto aversi pertanto una conoscenza giudiziale di atti non utilizzabili, col relativo rischio di inquinamento della decisione.

Per altro verso, il mero elenco dei verbali acquisibili senza la previa conoscenza del contenuto degli stessi da parte dell'organo dibattimentale avrebbe reso complicato sia selezionare gli atti da leggere, sia valutare l'ammissibilità delle richieste di lettura⁴¹.

Quanto alla situazione dei contraddittori, c'era il problema che in quel modo sarebbero restati ignoti alle parti private gli atti compiuti nella fase anteriore, diversi da quelli leggibili: come ricordato, essi sarebbero stati raccolti in un informale 'fascicolo del pubblico ministero', conservato presso l'ufficio di quest'ultimo⁴².

La disciplina fu perfezionata durante l'elaborazione della legge delega del 1987 (l. 16 febbraio 1987, n. 81) – in concomitanza con l'eliminazione della figura del giudice istruttore e degli 'atti di istruzione' – con l'elaborazione di un meccanismo più semplice, e caratterizzato da una più netta correlazione tra l'allocatione dell'atto e la sua efficacia processuale.

È il sistema che conosciamo oggi. In un incartamento vengono raccolti, e posti *da subito* a disposizione del giudice, oltre ad una serie di materiali utili alla decisione, inclusi verbali investigativi: tutti (e soltanto) quelli destinati all'uso in chiave probatoria⁴³. Gli atti di indagine idonei all'impiego processuale non vengono solo indicati al giudice dibattimentale, come nel progetto 1978, ma vengono direttamente posti a sua disposizione⁴⁴. La collazione (parliamo del regime originario, anteriore alla novella del 1999) è opera del funzionario di cancelleria, ma questi è guidato da prescrizioni impartite dal giudice dell'udienza preliminare⁴⁵.

⁴¹ Evidentemente quel progetto, accusatorio fino al bigottismo, si curava assai più dell'imparzialità del giudice che delle sue prerogative istruttorie. Qui è appena il caso di notare che nel progetto 1978 le 'letture consentite' sottintendevano sempre ed in ogni caso, anche se effettuate *ex officio*, una scelta («il giudice può disporre, anche d'ufficio»: art. 483) a differenza che nel regime attuale.

⁴² G. GARUTI, *La verifica dell'accusa*, cit., p. 333; Id., *La formazione del fascicolo*, cit., vol. I, *Le innovazioni in tema di indagini*, cit., p. 537.

⁴³ Oltre ad atti di impulso (relativi alla procedibilità dell'azione e all'esercizio dell'azione civile), certificato del casellario, documenti sulla personalità dell'imputato, incidenti probatori e verbali atti irripetibili o giuridicamente assimilati (*retro*, nt. 23).

⁴⁴ La Commissione giustizia, nel suo parere su questo punto della direttiva 57 della legge delega, nota come la trasmissione degli atti in luogo della loro indicazione attenua l'esasperata oralità del sistema 1978 (cfr. G. CONSO - V. GREVI - G. NEPII MODONA, *Il nuovo codice*, cit., vol. III, *Le direttive della delega*, cit., p. 519).

⁴⁵ La previsione, nel testo definitivo, di una supervisione giudiziale dell'attività

L'incartamento – che si arricchisce progressivamente delle acquisizioni via via conseguite nel processo, a partire da possibili incidenti probatori predibattimentali (art. 467) fino ai risultati dell'istruzione – viene non casualmente denominato «fascicolo *per* il dibattimento», poiché nella sua consistenza originaria costituisce una sorta di dotazione informativa per il giudice, utile per la 'direzione formale' del dibattimento e per le eventuali integrazioni officiose dell'istruttoria, prima ancora che per formulare la decisione.

In un altro fascicolo, al quale il giudice non ha accesso, finiscono tutti gli altri atti d'indagine che sono di regola privi di valenza probatoria, insieme agli atti acquisiti nell'udienza preliminare (esami di testimoni, documenti, interrogatorio dell'imputato, per esempio) ed al verbale dell'udienza stessa. Si chiama «fascicolo del pubblico ministero» (art. 433 comma 1) ma è in realtà a disposizione di tutte le parti; i difensori hanno facoltà di prenderne visione in ogni momento in segreteria, estraendone copia (art. 433 comma 2). Esso serve durante il giudizio per eventuali contestazioni o letture, nei casi eccezionali in cui queste sono ammesse; più in generale, costituisce «la traccia sulla quale verrà condotto il dibattimento (rimesso in misura preponderante all'iniziativa di parte)»⁴⁶.

4. LA CRISI DEL SISTEMA DEL DOPPIO FASCICOLO

Il regime che stabilisce la porzione di sapere investigativo accessibile al giudicante nasce col crisma della *eccezionalità*, rispetto al principio di separazione tra le fasi, tanto che la dottrina ha spesso stigmatizzato l'impiego, come criterio selettivo, della clausola generale dell'«atto *irripetibile*» (art. 431 comma 1 lett. *b*) e *c*)) e della scelta del legislatore di astenersi sia dal definire normativamente la irripetibilità cui fa riferimento la disposizione, sia dal tipizzare in un elenco tassativo gli atti ammessi a penetrare nel giudizio⁴⁷.

La regola della separazione tra procedimento e processo, spina

di collazione svolta dalla cancelleria fu considerata un sensibile miglioramento della disciplina ipotizzata nel progetto preliminare del codice, il cui art. 427 prevedeva che «disposto il giudizio, il giudice ordina al segretario di formare il fascicolo per il dibattimento» (M. NOBILI, *Le opposizioni difensive*, cit., p. 331).

⁴⁶ G. ILLUMINATI, *Il nuovo dibattimento*, cit., c. 355.

⁴⁷ Lasciando ai giudici «il fardello di ricomporre soluzioni e sbrogliare nodi» (M. NOBILI, *Concezione relativistica*, cit., p. 14, al quale la disciplina degli atti irripetibili apparve «una sorta di mina vagante nel futuro del nuovo processo»). Secondo C. CESARI, *L'irripetibilità*, cit., p. 5, sarebbe stato preferibile elencare gli atti ammessi in un catalogo non tassativo, lasciando agli interpreti individuare «i contorni dell'irripetibi-

dorsale del metodo istruttorio 1988, aveva già risentito delle tensioni che hanno attraversato da subito il nuovo codice accusatorio. Essa, come è noto, ha subito negli anni una progressiva erosione che ha accentuato l'osmosi, originariamente limitatissima, tra l'incartamento delle attività preparatorie svolte nelle indagini e quello che contiene gli atti destinati a fondare la decisione.

Se questa erosione è stata in gran parte l'effetto delle trasformazioni subite dagli istituti delle contestazioni e delle letture, che hanno facilitato i travasi dall'uno all'altro fascicolo *nel corso del dibattimento*, volti a recuperare le perdite informative dovute ad escussioni fallimentari, meno clamorosa ma pur sempre avvertibile è stata la crisi vissuta dalla disciplina del *contenuto originario* del *dossier* ufficiale.

La concreta applicazione del sistema della doppia fascicolazione ha fatto registrare infatti una vistosa insofferenza per la rigidità del meccanismo, ben testimoniata dal lassismo interpretativo della giurisprudenza, che è sembrata avvertire un eccesso di 'oralizzazione' del processo ⁴⁸.

Significativa in tal senso l'interpretazione *lata* del sintagma 'atto irripetibile' dell'art. art. 431 comma 1 lett. *b)* e *c)*, che si è affermata nella giurisprudenza, inverando i timori espressi dalla dottrina in ordine alla reale efficacia selettiva del criterio della 'non ripetibilità', e richiedendo diversi interventi delle Sezioni unite; così la lettura ampia affermata, sempre in sede pratica, a proposito delle «cose pertinenti al reato» di cui alla lett. *h)*. Tendenze interpretative che, combinate, hanno cooperato all'ampliamento degli atti da includere nel fascicolo dibattimentale, contribuendo al progressivo sgretolamento della barriera tra le fasi.

Le spinte di questo movimento erosivo sono molteplici: un generico istinto di conservazione delle informazioni raccolte durante la fase investigativa, spesso lunga e complessa ⁴⁹; la crescente importanza che il progresso tecnico-scientifico ha assegnato ad atti d'indagine, come il 'sopralluogo', di incerta collocazione tra quelli destinati ad entrare direttamente nel compendio probatorio ⁵⁰.

lità riferibile anche a quelli non espressamente menzionati», anche desumendone i caratteri tipici dagli atti irripetibili nominati.

⁴⁸ Comunicazione in forma orale di informazioni già raccolte per iscritto: C. CASTELLI., *Processo penale*, cit., p. 321; E. FASSONE, *Garanzia e dintorni*, cit., p. 134; R. BRACCIALINI, *Futuribili della giustizia penale*, cit., p. 828.

⁴⁹ Rese negli anni sempre più lunghe e impegnative dalle garanzie difensive introdotte da novelle legislative, a loro volta stimolate dalla tendenza a recuperare e rendere spendibili nel giudizio le informazioni raccolte nelle indagini preliminari: un circolo vizioso.

⁵⁰ P. TONINI, *Considerazioni su diritto di difesa*, cit., p. 828. In argomento, v. F. ZACCHE', *Sopralluoghi e relazioni*, cit., p. 1015 ss.

4.1. *I documenti quali cose pertinenti al reato*

Accadeva spesso che atti come le relazioni del curatore fallimentare o i verbali di ‘constatazione’ di autorità amministrative venissero ritenuti conoscibili dal giudice dibattimentale e fruibili per la decisione in quanto definibili ‘documenti’, data la loro formazione in contesti extraprocedimentali e – dunque – «cose pertinenti al reato» *ex art. 431 comma 1 lett. h)*. Alla base di quest’assunto, l’idea che qualsiasi documento, raccolto durante le indagini o prodotto in udienza preliminare, in quanto *idoneo a provare il reato*, sia ad esso pertinente, ai sensi e per gli effetti di cui alla disposizione ora citata⁵¹.

Una simile impostazione sembra tuttavia meritevole di ripensamento: risulta contraddetta dai testi normativi⁵², e può determinare dannose inflazioni probatorie. La ‘pertinenza al reato’ è un parametro adatto alla fase investigativa – ove rileva, in effetti, come requisito di legittimità del sequestro – ma lo sarebbe assai meno per individuare i materiali da inserire *ab origine* nel fascicolo per il dibattimento, poiché condurrebbe ad annettervi, sempre e comunque, ogni elemento extracostituito dotato di valenza probatoria per il solo fatto di essere in qualche modo collegato all’accertamento giudiziale⁵³. Pare invece preferibile ritenere che qualsiasi prova documentale vada acquisita al processo *nel* dibattimento: indicata dalla parte richiedente, offerta agli altri contraddittori affinché possano interloquire sulla sua ammissibilità, ammessa dal giudice dibattimentale con ordinanza e materialmente acquisita attraverso il suo ‘inserimento’ *ex art. 515*. Il combinato disposto degli artt. 234, 493, 495, 515 disegna insomma un percorso acquisitivo speciale rispetto a quello dell’art. 431 comma 1 lett. *h)*⁵⁴.

⁵¹ A. NAPPI, *Sulla necessità*, cit., p. 765; R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit., p. 202; in giurisprudenza, v. Cass., Sez. V, 22 gennaio 2003, Atwood, in *D&G*, 2003, f. 14, p. 113; Cass., Sez. V, 15 aprile 1999, n. 7685, in *C.E.D. Cass.*, n. 213688.

⁵² Se *qualsiasi* documento *riguardante* il reato rientrasse nel novero delle ‘cose’ alle quali allude la lett. *h)*, sarebbe superflua la lett. *g)* nella parte in cui menziona i documenti sulla personalità; *idem* per la lett. *d)*, nella parte in cui si riferisce ai documenti acquisiti per rogatoria.

⁵³ L. IAFISCO, *La sentenza penale*, cit., p. 227. La tesi è stata anche implicitamente disattesa da Corte cost., 30 marzo 1992, n. 142, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1986, e 2632, con nota di O. MAZZA, *Formazione del fascicolo*, cit., quando ha negato che il verbale di protesto di assegni faccia parte del contenuto originario del fascicolo, notando come esso possa *tuttavia* trovare ingresso nel processo quale prova documentale (conforme, Cass., Sez. V, 15 aprile 1999, Ceccarini, *ivi*, 2000, p. 2393).

⁵⁴ V. GREVI, *Prove*, cit., p. 334; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 112; O. MAZZA, *Formazione del fascicolo*, cit., p. 2633; G. UBERTIS, *Variazioni in tema*, cit., p. 1519; C. SQUASSONI, sub *Art. 234*, cit., p. 649; G. FRIGO, sub *Art. 431*, cit., p. 727

4.2. *Gli atti irripetibili*

Ancora più di frequente l'inserimento di atti nel *dossier* processuale si fondava su una loro asserita 'irripetibilità'. Accadeva per i verbali di arresto o di fermo e, soprattutto, le relazioni di polizia, ritenute meritevoli di allegazione *tout court* e fruibili per la decisione; al più, sostenendo la necessità di epurare questo tipo di documentazione dai contenuti 'valutativi', con tutta la difficoltà insita nell'impiego della labile ed incerta distinzione tra valutazione e constatazione quale criterio applicativo di una norma che deve selezionare le conoscenze del giudice⁵⁵.

Emerge qui, più in generale, la problematicità della clausola generale di cui stiamo parlando: per applicare il precetto di cui all'art. 431 comma 1 lett. b), in assenza di una definizione normativa di *irripetibilità*, occorrono criteri-guida⁵⁶, ossia uno o più elementi che consentano di affermare che un certo atto rientri tra quelli che vanno annessi al

e la prevalente giurisprudenza. Si è obiettato: un tale assetto avvantaggerebbe il p.m. che, grazie al potere di sequestro, potrebbe garantirsi l'ammissione di qualsiasi documento posto sotto vincolo, mentre le altre parti dovrebbero sottoporre le loro produzioni al controllo giudiziale di non manifesta irrilevanza o superfluità (A. NAPPI, *Guida al codice*, cit., p. 135 ss.); sembra però inesatta la premessa, ossia che al documento sequestrato la legge assegni una sorte diversa da quella di ogni altro documento. In realtà, mentre il *verbale* del sequestro, relativo ad un'attività irripetibile, va in ogni caso allegato, per il *reperto* occorre distinguere: se si tratta di una *cosa* (qualsiasi), è da inserire sempre, ex art. 431 comma 1 lett. h), in quanto «pertinente al reato»; se si tratta di un *documento*, l'acquisizione avviene (salvo sia corpo del reato, prodotto, profitto, prezzo) solo in dibattimento, ove la parte ne chieda e il giudice ne disponga l'ammissione. Nel progetto del 1978 i documenti raccolti nell'istruzione facevano parte del materiale che, iniziato il dibattimento, veniva affidato in custodia al cancelliere, fuori dalla disponibilità del giudice, «per eventuali acquisizioni e letture» (art. 446 comma 2: cfr. G. CONSO - V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., vol. I, *La legge delega del 1974*, cit., p. 1069).

L'eventualità che il documento possa rappresentare dichiarazioni, anche di persone diverse dall'autore, non osta alla sua acquisibilità in dibattimento; non servirà a provare i 'fatti' dichiarati, ma solo il 'fatto' della dichiarazione (App. Milano, 10 giugno 2003, in *Foro ambr.*, 2003, p. 470, a proposito della relazione ispettiva della Banca d'Italia).

⁵⁵ Sulla difficoltà di distinguere «constatazioni da valutazioni, conoscenze da giudizi nella descrizione di un fatto umano» (C. CESARI, *L'irripetibilità*, cit., p. 55, nt. 92).

⁵⁶ Non si tratta di elaborare una teoria generale dell'atto irripetibile come categoria ontologica: la nozione risulterebbe troppo astratta ed inadatta allo scopo selettivo che il legislatore si è prefisso nell'adottare la clausola (C. CESARI, *L'irripetibilità*, cit., p. 30). Sulla semantica e la pragmatica dei cd. 'termini valutativi' presenti nelle norme giuridiche, cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali*, cit., p. 45 ss.

fascicolo perché non riproducibili nel dibattimento. L'elaborazione spetta agli interpreti, alla giurisprudenza in ultima analisi.

Non è opera semplice, perché l'aggettivo 'irripetibile' può assumere diversi significati. È ovvio che sia da prediligere quello più coerente alla funzione del fascicolo nell'ambito del principio di separazione tra le fasi, ossia quella di conservare al processo informazioni che andrebbero altrimenti disperse, ma giocano opzioni ideologiche, valori, filosofie del processo.

Negli anni sono state elaborate varie nozioni fondate su diversi criteri. Alcuni, parziali e riduttivi, come quello dell'atto 'a sorpresa', coglievano solo una delle ragioni che presiedono alla collocazione di un atto tra quelli 'irripetibili'⁵⁷; altri, al contrario, dilatavano in modo abnorme la nozione di irripetibilità, sacrificando il metodo orale alle istanze di non dispersione probatoria ben oltre lo spirito del codice e le stesse intenzioni del legislatore del 1988.

Si pensi al criterio legato alla *riferibilità* in dibattimento del contenuto dell'attività investigativa; per annoverare 'relazioni di servizio' tra gli atti da inserire nel fascicolo si notava come «l'immediatezza della percezione può e deve essere documentata in uno scritto che ne garantisca la genuinità e la preservi da errori di ricordo»⁵⁸: così la relazione che documenti attività di constatazione o osservazione, attraverso le quali l'operante ha preso direttamente cognizione di fatti, situazioni o comportamenti umani «susceptibili, per loro natura, di subire modificazioni o, addirittura, di scomparire in tempi più o meno brevi, sì da risultare suscettibili di essere, in seguito, soltanto riferiti e descritti»⁵⁹. Sullo sfondo, una

⁵⁷ Non coincidono *irripetibilità* e *sorpresa*: un atto a sorpresa può esser ripetibile, e non tutti gli atti compiuti a sorpresa sono per ciò solo irripetibili (sull'impossibilità di fondare la 'irripetibilità' sul concetto di 'sorpresa' F.M. IACOVIELLO, *Contro l'attuale teoria*, cit., p. 3004). Neppure la nozione (A. NAPPI, *Guida al codice*, cit., p. 122) fondata sul duplice criterio della *indifferibilità* e della *non rinnovabilità* (propria degli atti che, differibili o no, non sono reiterabili ove già compiuti) riesce ad abbracciare tutti i casi in cui l'allegazione dell'atto investigativo è non è ripetibile.

⁵⁸ Cass., Sez. VI, 22 settembre 2002, Castellano, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1728, con nota di FANUELE, *L'utilizzabilità delle relazioni*, cit.; conforme Cass., Sez. I, 14 giugno 2000, n. 8860, Guastalegnone, in *C.E.D. Cass.*, n. 216551, a proposito di una relazione concernente attività di constatazione, ad opera della p.g., di fatti dai quali emergeva l'esistenza di determinati rapporti fra due imputati. C. CESARI, *L'irripetibilità*, cit., p. 58, rileva come una nozione di ripetibilità dell'atto quale *riferibilità* del suo contenuto in n dibattimento sia contraddetta dalla disciplina di cui all'art. 78 disp. att., nella parte in cui stabilisce che gli atti non ripetibili della polizia straniera sono acquisiti al fascicolo dibattimentale dopo la testimonianza dell'autore: *ergo*, l'atto può essere irripetibile nonostante sia possibile l'esame orale.

⁵⁹ Cass., Sez. I, 24 luglio 1993, Delle Fave, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 560:

nozione di irripetibilità che concepisce la disciplina del contenuto originario del fascicolo dibattimentale come un antidoto ai danni provocati alla prova dal decorso del tempo, e – in definitiva – una riedizione della vecchia prassi delle letture del rapporto di polizia.

Criteri simili presentano ampi margini di vaghezza⁶⁰, e una notevole *vis expansiva*, specie in mano ad operatori inclini a largheggiare nel recupero processuale dell'indagine preliminare: «di fronte alla naturale e inevitabile modificabilità di ogni cosa ed alla strutturale irriproducibilità di qualsiasi contesto, ogni atto di indagine sarebbe virtualmente irripetibile»⁶¹. L'estensione della norma per via interpretativa stride però vistosamente con la sua eccezionalità; ancora di più dopo la riforma dell'art. 111 Cost., che oggi impone il contraddittorio come regola generale per la formazione della prova e consente deroghe solo in casi eccezionali, tra i quali figura per l'appunto la 'accertata impossibilità di natura oggettiva'⁶². La natura eccezionale della norma non solo rende impraticabili applicazioni analogiche, ma anzi impone esegesi giudiziosamente restrittive, che la dottrina non aveva esitato a raccomandare già all'indomani dell'emanazione del codice⁶³.

Solo da pochi anni la giurisprudenza si è assestata su posizioni più attente al sistema, compendiate in una pronuncia resa dalle Sezioni unite qualche anno fa, che disegna una nozione di *irripetibilità* nella quale rientrano due categorie di atti investigativi⁶⁴.

nella specie, un'informativa di reato in cui si riferiva che un sorvegliato speciale era stato notato fuori dell'abitazione in orario non consentito; *idem* per la denuncia di furto, quanto alla parte descrittiva del bene sottratto (Cass., Sez. II, 25 giugno 1996, Desimone, *ivi*, 1997, p. 78), il riconoscimento fotografico effettuato davanti alla polizia (Cass., Sez. IV, 5 aprile 1996, Santoro, *ivi*, 1996, p. 920). Anche Cass., Sez. un., 28 ottobre 1998, Barbagallo, *ivi*, 1999, p. 2074, pur non esprimendosi sull'acquisibilità della relazione di servizio di per sé, aveva incluso i verbali di sopralluogo e di mera osservazione (con le relative riprese fotografiche) fra gli irripetibili, in quanto riprocenti situazioni soggette a mutamento.

⁶⁰ Vaga è «una norma giuridica quando si presentano o si possono presentare casi limite», ossia fattispecie concrete «sulle quali non siamo in grado di decidere se corrispondano o non corrispondano alla fattispecie astratta prevista dalla norma» (C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 70).

⁶¹ C. CESARI, *L'irripetibilità*, cit., p. 50.

⁶² La novella costituzionale impone (o rende ancor più necessario che in passato) che l'impossibilità di raccogliere un'informazione attraverso il metodo dibattimentale sia sempre oggetto di una verifica giudiziale empirica. C. CESARI, «*Giusto processo*», cit., p. 66 ss. spiega che, anche per gli atti tipici di ricerca della prova, il sistema non consente (e non consentiva neppure prima della riforma dell'art. 11 Cost.) di postulare presunzioni normative.

⁶³ G. FRIGO, *La formazione della prova*, c. 312.

⁶⁴ Cass., Sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Cass. pen.*, 2007, p. 952, con osservazioni di M. VESSICHELLI.

Prima categoria. Sono ‘atti irripetibili’ quelli che costituiscono i ‘mezzi di ricerca della prova’ tipizzati dal codice di rito (perquisizioni, sequestri, intercettazioni telefoniche), che hanno la capacità di rendere una certa informazione in modo genuino e immediato, cristallizzando un *frame* di realtà unico e non riproducibile attraverso la descrizione dibattimentale dell’attività compiuta. Essi conducono infatti all’acquisizione di un «risultato ulteriore rispetto alla mera attività investigativa», un reperto informativo in ragione del quale l’ordinamento non si accontenta della narrazione dell’operante, ma prevede l’acquisizione della relativa documentazione⁶⁵: deponendo in dibattimento, l’autore dell’atto potrebbe «descrivere ciò che ha compiuto o ciò che ha visto», ma non conseguire *ex novo* il «risultato oggettivo estrinseco» prodotto dall’atto espletato⁶⁶.

Seconda categoria. Possono essere ‘irripetibili’ anche atti investigativi atipici, ove essi riguardino *realtà che possono modificarsi per il decorso del tempo*⁶⁷. Rientrano in questa categoria le relazioni di servizio che documentino accertamenti e rilievi planimetrici o volumetrici, oppure rilevazioni ‘tecniche’ effettuate su luoghi, cose, persone⁶⁸. In questi casi, come per quelli di cui alla prima categoria, abbiamo veri e propri ‘reperti’ informativi, che costituiscono gli «atti» dei quali parla l’art. 431 comma 1 lett. b) e c) non riproducibili attraverso la descrizione narrativa da parte dell’operante⁶⁹.

In effetti, i protocolli rientranti nelle due diverse classi enunciate dalle Sezioni unite nella sentenza ‘Greco’ rientrano nell’ambito applicativo dell’art. 431 tutti per il medesimo motivo: l’impossibilità di rinnovare l’atto «in modo utile ai fini dell’accertamento»⁷⁰ (cioè senza perdere la genuinità dell’informazione) a causa dell’impossibilità di ri-

⁶⁵ M. VESSICHELLI, *Osservazioni*, cit., p. 963.

⁶⁶ La «apprensione materiale in cui si concretizza il sequestro, la ricerca materiale del corpo di reato che si svolge nel corso della perquisizione» sono «attività ulteriori, diverse ed estrinseche rispetto a quelle investigative» (Cass., Sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, cit.).

⁶⁷ Questa ‘ripetizione’ deve avvenire nel dibattimento, e per ridurre gli errori di ricordo il teste può essere autorizzato, in aiuto alla memoria, a consultare la documentazione redatta (art. 499 comma 5).

⁶⁸ *Contra*, C. CESARI, *L’irripetibilità*, p. 92.

⁶⁹ Ne restano invece escluse le annotazioni che danno conto di attività di mera osservazione o costatazione, (appostamenti o pedinamenti, dell’indagato o di terzi) e quelle che descrivono l’evoluzione delle indagini, la cui ‘ripetizione’ si esaurisce nella descrizione narrativa dell’attività compiuta, in grado di fornire le medesime informazioni che sarebbe possibile trarre dalla lettura del protocollo cartaceo.

⁷⁰ P. TONINI, *Considerazioni su diritto di difesa*, cit., p. 828.

produrre l'informazione ottenuta attraverso una descrizione in forma narrativa delle indagini compiute. La differenza risiede nel fatto che, per la seconda classe di atti, l'irriproducibilità dell'informazione è connessa al carattere mutevole della realtà (cosa, persona, luogo) oggetto d'indagine, mentre per la prima dipende dalla speciale attitudine rappresentativa dei tipici 'mezzi di ricerca della prova', a prescindere dalla particolare mutevolezza dell'oggetto probatorio.

E anche la pronuncia delle Sezioni unite non è esente da ambiguità, come quando, dopo aver escluso dichiarazioni 'irripetibili', accenna all'acquisibilità al fascicolo dibattimentale dell'atto che abbia raccolto la dichiarazione della persona morente, così aprendo, opinabilmente, ad una irripetibilità accidentale – e non già congenita – che contraddice la logica dell'art. 512. Lo stesso può dirsi in ordine alla menzione dei verbali di arresto o di fermo, per i quali viene ravvisato nella «concreta privazione della libertà personale» quel risultato ulteriore rispetto all'attività investigativa, che giustificherebbe l'immediata allegazione agli atti del giudizio: è sin troppo facile ribattere che, per un verso, si tratta di atti non diretti ad acquisire elementi di prova (ciò che rende difficile riferirvi la previsione di cui all'art. 431 comma 1 lett. b)) e per altro verso che la loro documentazione – nella quale vanno esplicitate le ragioni dell'arresto o del fermo (art. 386 comma 3) – è fisiologicamente destinata a veicolare l'esito delle indagini su cui il provvedimento si fonda⁷¹.

Rispetto a questi sbandamenti è inappagante la soluzione compromissoria di ritenere compreso nel contenuto originario del fascicolo l'atto *parzialmente irripetibile*, escludendone la leggibilità o comunque la fruibilità probatoria per le parti relative a «dichiarazioni e in genere rappresentazioni di percezioni riferite dal o al verbalizzante ovvero ad altro comunque coinvolto nella scena rappresentata dall'atto»⁷². Sceverare tra le parti utilizzabili e quelle che non lo sono è un'operazione che può risultare complicata: genera un alto rischio di arbitrarietà nella selezione dei materiali decisori; favorisce contenziosi processuali; lascia irrisolto il problema della conoscenza giudiziale delle parti spurie dell'atto, favorendo motivazioni opache.

Queste vicende interpretative del sintagma 'atto irripetibile' testimoniano bene le tensioni generate dalla originaria disciplina codicistica.

⁷¹ C. CESARI, *L'irripetibilità*, cit., p. 24, nt. 36.

⁷² Cass., Sez. IV, 20 aprile 1995, Greco, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1467, con nota di D. POTETTI, *Svolta restrittiva*, cit.

L'insofferenza rispetto alla rigidità dello sbarramento tra incartamenti si è tradotta anche in prassi apertamente eversive, nelle quali le parti 'concordavano' *extra ordinem* l'inclusione di documenti o consulenze tecniche prima del dibattimento, oppure convenivano di non sollevare questioni preliminari *ex art. 491* sul fascicolo che contenesse materiali di questo genere. Ad esempio, sul presupposto che fosse legittima la citazione in dibattimento dei consulenti tecnici del pubblico ministero che hanno espletato consulenze in corso di indagine (pur se ripetibili)⁷³, si reputava consentito, ferma restando la verifica in contraddittorio delle opinioni tecniche attraverso l'esame dell'esperto, includere *ab initio* nel fascicolo le relazioni redatte durante le indagini (com'è possibile per la relazione della perizia disposta con incidente probatorio) *prima* dell'esame orale⁷⁴.

Queste composizioni di interessi tra le parti che avvenivano forzando le regole positive erano talvolta legittimate dai giudici che, ispirandosi a vecchie prassi, consideravano sanante il consenso alla lettura di atti abusivamente penetrati nel *dossier*, e dunque 'illeggibili'⁷⁵.

Ad allargare le maglie dello sbarramento tra i fascicoli è intervenuto poi più volte lo stesso legislatore, con aggiustamenti che hanno condotto ad un sensibile ampliamento del catalogo di atti investigativi da inserire nel fascicolo processuale.

Dapprima, con la 'controriforma' della l. n. 356 del 1992, vi erano stati aggiunti *tutti* gli atti compiuti all'estero attraverso rogatoria⁷⁶. Questo regime, ispirato a evidenti ragioni di economia processuale e diretto ad assicurare al processo materiali informativi acquisiti con fatica, pone una sorta di presunzione di *difficile ripetibilità* delle attività compiute all'estero. Esso risultava però assai criticabile: da una parte, il compimento dell'attività investigativa all'estero non implica, di per

⁷³ Assunto opinabile, poiché l'accertamento investigativo non irripetibile non può essere acquisito al processo: non fa parte del contenuto necessario del fascicolo, né può filtrare in dibattimento attraverso l'audizione del consulente (art. 501), che è possibile solo in relazione a fatti conosciuti fuori dall'espletamento dell'incarico (Cass., Sez. IV, 25 giugno 1998, Querci, in *C.E.D. Cass.*, n. 211934).

⁷⁴ R. BRACCIALINI, *Futuribili della giustizia penale*, cit., p. 829. «La relazione del curatore *ex art. 33 l. fall.* è acquisibile anche precedentemente all'audizione del curatore, fatto salvo il limite della valutazione dei soli fatti materiali in essa esposti» (Trib. Milano, 22 gennaio 2004, *Foro ambr.*, 2004, p. 54).

⁷⁵ Cass., Sez. I, 23 gennaio 2003, n. 8739, Cirillo, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1287, con nota critica di M.L. Di BITONTO, *Lettura di dichiarazioni*, cit.

⁷⁶ L. 7 agosto 1992, n. 356 che ha convertito il d.l. 8 giugno 1992, n. 306. Sulla novella cfr. P.P. RIVELLO, sub *Art. 431*, in *Commento al nuovo codice*, cit., p. 226 ss.

sé, una ‘irripetibilità’ dell’atto rogato⁷⁷; dall’altra lo strumento rogatorio, rinviando alle procedure previste negli ordinamenti stranieri richiesti, non offre particolari garanzie in termini di partecipazione difensiva⁷⁸.

Le aporie rispetto alla logica del sistema del doppio fascicolo sono state in parte corrette con la l. 16 dicembre 1999, n. 479, nel senso che oggi essi vengono senz’altro annessi al *dossier* processuale ove irripetibili, mentre in tutti gli altri casi l’allegazione è subordinata alla circostanza che, rispetto all’atto, i difensori siano stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana⁷⁹. Resta discutibile che le garanzie partecipative condizionino l’allegazione solo per gli atti ripetibili, poiché in tal modo si legittima l’inclusione di atti *ab origine* irripetibili, pur ove compiuti secondo regimi procedimentali stranieri in ipotesi privi di qualsiasi forma di partecipazione della difesa⁸⁰.

Infine, all’elenco di atti investigativi da includere nel contenuto originario del fascicolo dibattimentale si sono aggiunti, con la legge sulle indagini difensive, i verbali degli atti non ripetibili compiuti dai difensori o dai loro ausiliari⁸¹.

⁷⁷ Atti che, ove compiuti in Italia, sarebbero restati confinati nel fascicolo investigativo, guadagnavano l’allegazione al fascicolo processuale solo in quanto espletati all’estero (C. VALENTINI, *L’acquisizione della prova*, cit., p. 218 ss.).

⁷⁸ G. FRIGO, *La formazione della prova*, cit., c. 312, il quale osservava che se il compimento dell’atto all’estero, specie se ne sospetti un’ardua ripetibilità in futuro, può giustificare l’allegazione al fascicolo dibattimentale «ma non certo una attenuazione delle garanzie».

⁷⁹ Così oggi l’art. 431, lett. d) e f) (F. CAPRIOLI, *Commento agli artt. 25-26*, cit., p. 295). La modifica del 1999 traduce in norma la ricostruzione di C. cost., 25 luglio 1995, n. 379 (in *Giust. pen.*, 1995, I, c. 326) che chiarì come le norme interne che danno esecuzione alla Convenzione di assistenza giudiziaria, lette in modo costituzionalmente ispirato, permettono al giudice italiano di valutare l’eventuale contrarietà dell’atto, per come compiuto, ai principi fondamentali dell’ordinamento (ordine pubblico generalmente inteso, rispetto dei diritti fondamentali della persona), dichiarandolo eventualmente inutilizzabile.

⁸⁰ Al contrario di quanto il nostro codice stabilisce per gli atti investigativi (compiuti in Italia) i quali, quando, per le loro caratteristiche, sono destinati ad entrare tra i materiali della decisione, sono circondati da – pur minime – garanzie di partecipazione difensiva (si pensi all’art. 360). Del resto, che per gli atti rogati l’allegazione automatica al fascicolo sia di difficile giustificazione è testimoniato dal fatto che nel corso dei lavori che hanno condotto alla legge Carotti si era pensato, in un progetto di totale riscrittura dell’art. 431, di espungere le rogatorie dal contenuto originario del *dossier* (G. GARUTI, *La formazione del fascicolo*, cit., p. 553; sull’utilizzabilità delle rogatorie v. M.R. MARCHETTI, *L’assistenza giudiziaria*, cit., p. 140 ss.).

⁸¹ Art. 431 lett. c), novellato dalla l. 7 dicembre 2000, n. 397, che ha introdotto nel codice l’art. 391-*decies*.

5. LA RIFORMA DELLA DISCIPLINA IN TEMA DI FORMAZIONE DEL FASCICOLO (RINVIO)

Da quanto detto appare chiaro come l'originaria disciplina codicistica risultasse, per un verso, troppo poco formalizzata e per un altro eccessivamente rigida.

Da un lato, l'opzione importante di affidare al g.u.p. la collazione – connessa alla scelta di non tipizzare gli atti da inserire impiegando la clausola generale della 'non ripetibilità' – era stata realizzata in modo tecnicamente inadeguato: la mancanza di un coinvolgimento personale dell'organo giurisdizionale, e l'assenza di qualsiasi possibilità di cooperazione e controllo (contestuale) delle parti nuocevano all'accuratezza della selezione e generavano dannosi contenziosi endoprocessuali.

Dall'altro lato, l'adozione dell'oralità come metodo istruttorio necessario, e il conseguente divieto assoluto di allegazione di atti, insensibile a qualsiasi valutazione ed opzione delle parti, talvolta obbligava ad un lavoro istruttorio dibattimentale ai cui esiti sia il giudice sia i contendenti erano scarsamente interessati.

La novella del '99 riforma la disciplina della formazione del fascicolo per il dibattimento in due mosse: da un lato, rafforza le fragili formalità della procedura di collazione degli atti facendone un incombenza pienamente giurisdizionalizzato, svolto *direttamente* dal giudice, al cospetto delle parti e con la loro sorveglianza; dall'altro, consente alle parti di concordare l'allegazione di atti diversi ed ulteriori rispetto a quelli il cui inserimento è normativamente previsto, superando la barriera posta dalle norme tra i due fascicoli.

CAPITOLO II

GIUDICE E PARTI NELLA FORMAZIONE DEL FASCICOLO PER IL DIBATTIMENTO

SOMMARIO: 1. La formazione del fascicolo dibattimentale. – 2. ... «nel contraddittorio delle parti». – 3. Fascicolazione e controllo di legalità degli atti. – 4. Le discipline speciali. – 5. L'udienza per la formazione del fascicolo. – 6. Violazioni. – 7. Le questioni preliminari sul contenuto del fascicolo. – 7.1. Errato inserimento. – 7.2. Errata esclusione. – 7.3. Vizi degli atti d'indagine e questioni preliminari. – 8. Rilievi in tema di vizi probatori. – 9. Rilievi in tema di inutilizzabilità 'fisiologica'. – 10. L'importanza del controllo del fascicolo *nel* dibattimento.

1. LA FORMAZIONE DEL FASCICOLO DIBATTIMENTALE

Il nostro legislatore, declinando in modo originale lo stile accusatorio, non solo ha consentito, in deroga alla generale irrilevanza probatoria degli atti di indagine, l'impiego a fini decisori di quelli che abbiano registrato dati irripetibili, ma ha previsto anche che *tutti* gli atti con questa caratteristica penetrino nel fascicolo processuale; tutti e a prescindere dalle richieste e dalle necessità istruttorie delle parti. Una sorta di dotazione informativa per la decisione, il cui approvvigionamento prescindere dalle iniziative di parte¹.

La scelta tecnica di non definire normativamente questo materiale (in relazione a determinate tipologie di atti) ha conseguentemente imposto di affidare all'autorità giudiziaria la selezione. Si tratta di un'operazione per nulla meccanica, ma al contrario bisognosa di discernimento e valutazioni talvolta difficili, col relativo rischio di errore. Soprattutto perché il legislatore ha rinunciato pure a dare una definizione normativa generale di 'atto irripetibile', affidando così al giudice il

¹ Non segue, cioè lo schema disegnato dagli artt. 190 e 495: richiesta di prova - ordinanza ammissiva.

compito di stabilire caso per caso, ancorché sulla base delle elaborazioni giurisprudenziali, se ricorra il requisito della irripetibilità ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 431.

Quando diciamo 'caso per caso' non alludiamo ad una valutazione puramente *empirica*, ossia relativa al singolo atto d'indagine nel particolare contesto in cui esso è compiuto: ciò priverebbe queste valutazioni di qualsiasi prevedibilità, e la norma della minima 'certezza' applicativa². Va però parimenti esclusa una valutazione collegata a *tipi normativi* di atto, cioè a classi di attività investigative caratterizzate da una *specifica* disciplina: un'ispezione *ex art. 244* può essere ripetibile e lo stesso può dirsi per gli accertamenti urgenti *ex art. 354*. La verifica degli elementi strutturali della fattispecie 'irripetibilità' va effettuata, piuttosto, in relazione a ciascun atto d'indagine inteso come *fattispecie astratta di atto investigativo*³.

La collazione di questi materiali non poteva che essere affidata ad un organo diverso dal giudice del dibattimento il quale altrimenti, nel selezionare gli atti, sarebbe necessariamente entrato in contatto con *tutte* le carte investigative e non soltanto con quelle legittimamente da lui conoscibili.

Orbene, nel sistema originario del codice il fascicolo veniva formato, a seguito dell'emissione del decreto che dispone il giudizio, dal cancelliere «secondo le prescrizioni impartite del giudice»⁴. La mancata previsione di un coinvolgimento diretto e personale del giudice nell'operazione aveva fatto sì che, nella pratica, essa si esaurisse in un adempimento di cancelleria⁵. Rarissime le prassi virtuose, che volevano precisate nel decreto le 'prescrizioni' in ordine agli atti da inserire⁶. In fondo, era un po' ingenua la stessa idea che il giudice possa

² Sulla criticità di una nozione di 'irripetibilità in concreto', in quanto foriera di arbitrii e disparità di trattamento, cfr. C. CESARI, *L'irripetibilità*, cit., p. 76.

³ C. CESARI, *L'irripetibilità*, cit., p. 76. Ciò è ancor più vero dopo la citata novella del 1992 che ha equiparato agli atti irripetibili, quanto ad allegazione e utilizzabilità, alcuni atti assunti attraverso rogatoria internazionale, privi del connotato della 'non ripetibilità', purché con l'osservanza delle garanzie difensive assicurate dalla legge italiana, per i quali pure l'allegazione richiede valutazioni riguardanti le concrete modalità di compimento del singolo atto (*retro*, cap. I § 4).

⁴ M. NOBILI, *Preparazione dell'udienza dibattimentale*, cit., p. 105.

⁵ Sostanzialmente analoga la formulazione dell'art. 427 del progetto preliminare (corrispondente all'attuale art. 431): «il giudice ordina al segretario di formare il fascicolo del dibattimento, nel quale sono raccolti: ...» (v. G. CONSO - V. GREVI - G. NEPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., p. 992).

⁶ R. BRICHETTI - L. PISTORELLI, *L'udienza preliminare*, cit., p. 324.

guidare l'operato della cancelleria attraverso prescrizioni, cioè indicazioni generali, in un'attività che richiede come si dirà meglio oltre, valutazioni e discernimenti 'caso per caso'⁷. E in ogni caso, pur supponendo le indicazioni più accurate, la circostanza che i dettami fossero poi portati ad esecuzione dal cancelliere, fuori qualsiasi reale sorveglianza del giudice e da ogni possibilità di controllo delle parti, rendeva impossibile prevenire eventuali errori di collazione dell'ausiliario, in eccesso o in difetto⁸.

L'unico controllo, ma *a posteriori*, era affidato alle parti attraverso la facoltà di contestare, davanti al giudice dibattimentale, la composizione del fascicolo ufficiale formulando apposita eccezione in sede di questioni preliminari (art. 491 comma 2).

È evidente che questo *modus procedendi* sviliva il valore garantistico della scelta di giurisdizionalizzare (nel senso minimo di assegnare ad un giudice) la formazione del fascicolo; scelta che – invece – avrebbe dovuto in qualche modo compensare la mancata tipizzazione normativa degli atti investigativi da inserire⁹.

Come detto, la scelta di non tipizzare gli atti di indagini utilizzabili per la decisione e di impiegare la clausola generale dell'«atto irripetibile» richiede la formulazione di valutazioni spesso delicate, in ordine a ciascun atto raccolto nel fascicolo delle indagini, del quale va verificata la irripetibilità. Proprio per la delicatezza dell'incombente la scelta di tener fuori le parti, sebbene in linea con le direttive della delega, ha destato da subito forti perplessità¹⁰. Le riserve riguardavano, per un verso, la mancanza di spazi di contraddittorio, nell'ambito di una attività «tutt'altro che automatica», durante la quale «si gioca gran parte di un fisiologico rapporto fra indagini e giudizio»¹¹ e, per altro verso, dalla constatazione che quella disciplina «amministrativa» creava frequente contenzioso dibattimentale che finiva, di fatto, per affidare il

⁷ V. *infra*, cap. I § 4.2.

⁸ Peraltro una attività routinaria e spesso faticosa (specie in procedimenti con incartamenti cospicui, a causa della lunghezza o della complessità delle indagini, del numero delle persone o dei reati) tende ad essere distribuita all'interno degli uffici amministrativi economizzando sulle risorse anche a scapito dell'accuratezza e dunque affidata al personale meno esperto (stagisti, tirocinanti o figure analoghe).

⁹ Così D. SIRACUSANO, *Vecchi schemi*, cit., p. 84.

¹⁰ E. AMODIO, *Fascicolo processuale*, cit., p. 183; M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, cit., p. 174; G. FRIGO, sub *Art. 431*, cit., 1990, p. 73; M. NOBILI, *Concetto di prova*, cit., c. 279; ID., *La nuova procedura penale*, cit., p. 272. Sull'argomento, di recente, v. G. DELLA MONICA, *La formazione del fascicolo*, cit., p. 215; C. DI BUONO, sub *Art. 26*, cit., p. 451; A. SCCELLA, *La formazione in contraddittorio*, cit., p. 429.

¹¹ M. NOBILI, *Concetto di prova*, loc. ult. cit.

controllo sugli atti illegittimamente inseriti nel fascicolo «a quello stesso giudice che si sarebbe voluto mantenere all'oscuro del materiale probatorio di parte»¹².

Si era notato come l'unico modo per ridurre quel pericolo fosse formulare, preventivamente, obiezioni e richieste scritte al g.u.p. (ex art. 121), dirette alla inclusione o alla non inclusione di determinati atti nel fascicolo del dibattimento¹³. Il p.m. potrebbe – si era detto – già nella richiesta di rinvio a giudizio o in sede di formulazione delle conclusioni nell'udienza preliminare rivolgere specifiche istanze al giudice; i difensori avrebbero potuto a loro volta contrastare le richieste del pubblico ministero o formularne altre dirette alla inclusione o all'esclusione di determinati protocolli investigativi¹⁴. Nulla che potesse garantire un vero e proprio contraddittorio, figura triadica che presuppone non tanto la contestualità degli apporti, quanto la conoscenza da parte di ognuno dei contraddittori della posizione e degli argomenti degli antagonisti¹⁵.

2. ... «NEL CONTRADDITTORIO DELLE PARTI»

La l. 16 dicembre 1999, n. 479 ha modificato l'art. 431, che oggi richiede che la composizione del fascicolo sia effettuata, anzitutto, dal g.u.p. personalmente e, in secondo luogo, nel contraddittorio delle parti¹⁶. La modifica evidenzia la consapevolezza, da parte del legislatore,

¹² A. SCELLA, *La formazione in contraddittorio*, cit., p. 423. In argomento, cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., 273, nonché E. AMODIO, *Fascicolo processuale*, cit., p. 183.

¹³ M. NOBILI, *Concetto di prova*, cit., c. 279. È vero che i vantaggi perseguiti – in termini di salvaguardia dell'ingenuità del giudice – attraverso la nuova modalità di formazione del fascicolo – vengono ridimensionati dalla possibilità di accordi acquisitivi: la quantità di atti investigativi sotto gli occhi del giudice dibattimentale, già all'esordio del giudizio, può essere incrementata pattiziamente. E tuttavia, se in ogni questione preliminare sul fascicolo il contatto del giudicante con l'atto spurio è un prezzo che la parte si trova a pagare per ottenerne l'estromissione, nel caso delle acquisizioni concordate «saranno le parti, di comune accordo, ad accollarsi le conseguenze di un eventuale condizionamento psicologico dell'organo giurisdizionale» (P. PAULESU, *Giudice e parti nella "dialettica"*, cit., p. 158, nt. 130).

¹⁴ G. FRIGO, sub *Art. 431*, cit., p. 729.

¹⁵ Cfr. G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., p. 1.

¹⁶ Con l'eccezione dei procedimenti privi di udienza preliminare, nei quali, come si vedrà, la collazione è effettuata, in modo non partecipato, dal pubblico ministero nel rito a citazione diretta (art. 453) e nel rito direttissimo (art. 450 comma 4) e dal giudice delle indagini preliminari nel rito immediato (art. 457 comma 1).

di quanto sia cruciale la cernita degli atti da includere nell'incartamento processuale e mira, da una parte, ad una fascicolazione più attenta e sorvegliata e, dall'altra, ad una riduzione del rischio di contenziosi dibattimentali, che creano occasioni di contatto tra l'organo della decisione e atti dei quali quest'ultimo avrebbe dovuto essere all'oscuro.

Le parti, presenti alla collazione, coadiuvano il giudice e possono fornirgli suggerimenti ed osservazioni utili ad evitare errori nello smistamento delle carte. La funzione coadiuvante è particolarmente apprezzabile quando si tratta di selezionare materiali investigativi di ingenti proporzioni, o di fronte ad atti la cui caratteristica di 'irripetibilità' nel giudizio risulti dubbia o comunque controvertibile¹⁷.

Inoltre, la parte che contesti la legittimità di una determinata allegazione può rappresentare da subito la doglianza al g.u.p., evitando – ove questa non venga subito accolta – di investire il giudice dibattimentale, il quale per decidere sulla questione potrebbe dover prendere cognizione dei contenuti che dovrebbero restargli sconosciuti.

La novella è frutto di un non breve percorso di riflessione. Il primo tentativo di riforma si registra in un disegno di legge presentato nel 1994¹⁸, che inseriva la modifica in questione nell'ambito di un complessivo ripensamento della fase di passaggio dalle indagini al giudizio. In questo progetto la fase dell'udienza preliminare – le cui potenzialità di filtro processuale si erano rivelate da subito assai modeste – sarebbe stata amputata: la verifica della sostenibilità dell'accusa in giudizio e la celebrazione di eventuali riti deflativi, sarebbero avvenute in una 'udienza predibattimentale', destinata a 'preparare' il futuro dibattimento, attraverso il controllo della regolare instaurazione del contrad-

¹⁷ Già tra le prime analisi intorno della disciplina originaria dell'art. 431 si era lamentata la mancata adozione di modulo procedimentale in qualche misura 'partecipato', attivabile non in via ordinaria ma – per tutelare le istanze di economia processuale – «su richiesta del pubblico ministero e sentiti i difensori» nel quale il giudice dell'udienza preliminare impartisca, in udienza, le prescrizioni sulla composizione del fascicolo (G. FRIGO, *sub Art. 431*, cit., p. 728).

Nella soluzione di pieno contraddittorio prevista dalla novella del 1999 esce trasformata anche la facoltà attribuita alle parti e ai difensori dall'art. 466 di esaminare il fascicolo, che oggi può servire non tanto per controllare la correttezza della selezione, quanto «per verificare la tenuta effettiva delle indicazioni precedentemente offerte al giudice» (S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 215).

¹⁸ D.d.l. n. 899, presentato alla Camera il 1°1 luglio 1994 dai deputati Saraceni, Finocchiaro Fidelbo, Di Lello (il testo è riportato da G. CASCINI, *Spunti per una razionalizzazione*, p. 592 ss., e lo commenta anche L. PEPINO, *Il dibattimento nel processo penale*, cit., p. 440 ss). Al Senato era stata presentata una proposta gemella (n. 942 del 3 ottobre 1994, Sen. Salvato e altri).

dittorio, la decisione delle questioni preliminari, l'ammissione delle prove, fino alla programmazione dell'attività istruttoria¹⁹. Lo svolgimento di queste attività da parte di un giudice diverso da quello della decisione avrebbe evitato all'organo dibattimentale ogni contatto pur estemporaneo col fascicolo delle indagini (spesso le incursioni erano inevitabili, ad es. per decidere sulle richieste di patteggiamento o sulle questioni preliminari)

In questa rivisitazione della fase introduttiva, l'attività di collazione del fascicolo processuale era valorizzata attraverso l'investitura personale del giudice come selettore degli atti e l'apertura della procedura alla partecipazione delle parti, con possibilità per le stesse di chiedere che la selezione venga rinviata ad una udienza appositamente dedicata (art. 433-*bis*). Il controllo contestuale operato dalle parti avrebbe dovuto concentrare in questa fase le dispute sulle questioni spesso spinose intorno il carattere di irripetibilità di certi atti investigativi.

In verità, l'obiettivo preso di mira era più ambizioso, consistendo nella totale eliminazione di questi contenziosi. Quella prima versione di formazione 'partecipata' del fascicolo era inserita in un progetto di riforma improntato al canone della semplificazione processuale. Nella 'udienza predibattimentale', infatti, avrebbe dovuto aver sfogo ogni controversia sul contenuto originario del *dossier*, poiché – eliminata la possibilità di sollevare in dibattimento questione preliminare sul punto – la sua composizione non avrebbe più potuto essere modificata nel corso del giudizio, almeno in difetto²⁰.

¹⁹ L'anticipazione del vaglio di ammissione probatoria avrebbe dovuto, intanto, razionalizzare il procedimento di adduzione delle prove orali, superando il meccanismo dell'autorizzazione presidenziale, anteriore ed indipendente dall'ammissione della prova (art. 468) e affidando la deliberazione ammissiva ad un giudice che – essendo diverso da quello chiamato a decidere i *merita causae* – non rischiava di pre-valutare la prova, e allo stesso tempo – essendo a conoscenza dei trascorsi investigativi – sarebbe stato capace di un vaglio più accurato, non più al 'al buio' come oggi accade al giudice dibattimentale, che viene edotto dei fatti solo dalle esposizioni iniziali e dallo scarno fascicolo. Insomma: una deliberazione contenuta nei limiti del controllo d'ammissione, a migliore garanzia del diritto alla prova delle parti, e nello stesso tempo più accurata, a beneficio di una migliore funzionalità del processo. In argomento, v. L. KALB, *La richiesta di ammissione*, cit., vol. II, *Le innovazioni*, cit., p. 164 ss.

²⁰ Più precisamente, in dibattimento sarebbe stato possibile riparare pienamente soltanto l'erronea esclusione (inserendo tardivamente, su richiesta di parte o d'ufficio, gli atti erroneamente lasciati fuori pur facendo parte del contenuto necessario del *dossier*) ma, non anche illegittima inserzione. In tale ultima ipotesi, infatti, l'errore sarebbe stato solo parzialmente rimediabile: il giudice – sebbene tenuto a dichiarare l'inutilizzabilità ('fisiologica') dell'atto – non avrebbe più potuto espellerlo dal fascicolo, ove sarebbe in ogni caso rimasto giacente. Pertanto, solo la tempestiva eccezione circa

Nella versione alla fine introdotta dalla ‘legge Carotti’, la fascicolazione effettuata (direttamente dal giudice e alla presenza delle parti) in un contesto di udienza almeno minimizza questo rischio: normalmente il giudice dibattimentale dovrebbe occuparsi della corretta allegazione di atti d’indagine solo nelle ipotesi in cui il problema sia stato posto e non risolto nell’udienza preliminare.

La selezione in contraddittorio degli atti da inserire nel fascicolo dibattimentale si avvicina, come è stato attentamente notato, all’istituto del *suppression hearing* del processo penale americano, con alcune importanti varianti²¹. In primo luogo, l’istituto statunitense serve a *eliminare* atti spuri, mentre nell’udienza preliminare le parti possono evitare anche che il giudice manchi di *inserire* nell’incartamento processuale verbali destinati all’uso probatorio, parte del contenuto necessario dell’incartamento processuale. In secondo luogo, mentre la formazione del fascicolo è affidata al g.u.p., che può prendere conoscenza dell’incartamento investigativo senza che ciò inquinì la decisione finale del processo, la *motion to suppress evidence* avviene davanti al giudice del dibattimento, che nel sistema americano della giuria non decide²².

Ma un’altra, importante, differenza è da segnalare: nel *suppression hearing* le parti intendono ottenere la declaratoria della violazione di *rules of evidence* e dunque espellere prove illegittimamente formate, mentre il g.u.p. separa gli atti da includere nel fascicolo ufficiale da quelli da non includere *soltanto* sulla base della loro appartenenza o estraneità alle tipologie descritte nell’art. 431, senza che la eventuale formazione *contra legem* di un certo atto investigativo – che pure è rilevabile già in udienza preliminare – incida sulla sua allocazione tra i fascicoli del processo.

la non includibilità nell’atto nel fascicolo avrebbe evitato ogni contatto del giudice dibattimentale con l’atto spurio.

²¹ Cfr. A. SCCELLA, *La formazione in contraddittorio*, cit., p. 427. In quest’udienza viene posta una *pretrial motion*, da trattarsi e decidere prima dell’inizio del giudizio (anche se nella giurisdizione federale la regola n. 12(4)(d) *Federal Rules of Criminal Procedure* consente a certe condizioni e *for good cause*, il differimento della decisione). La decisione è impugnabile attraverso un *interlocutory appeal*, da proporre prima del dibattimento, consentito in genere al solo *prosecutor*; il *general appeal*, in cui l’erroneità dell’ordinanza si trasforma in motivo di impugnazione della sentenza conclusiva del grado, è normalmente attribuito soltanto all’imputato. In argomento, v. V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo*, cit., p. 111 s.

²² Cfr. A. SCCELLA, *La formazione in contraddittorio*, cit., p. 427.

3. FASCICOLAZIONE E CONTROLLO DI LEGALITÀ DEGLI ATTI

Viene da fare una precisazione relativamente ad un aspetto non trattato espressamente dalle norme, poco esplorato dalla dottrina, ricostruito in termini non uniformi, caratterizzato da prassi alquanto variegate. Sembra di poter affermare che al giudice dell'udienza preliminare non sia consentito di tener fuori dal fascicolo un atto, astrattamente titolato a farvi parte, per essere tipologicamente appartenente al catalogo di cui all'art. 431, ma a suo parere compiuto *contra legem*²³. Quel giudice, anche ove ravvisi una patologia, dovrà comunque includere l'atto spurio nel fascicolo dibattimentale, poiché rappresenta, un suo *contenuto necessario*. La delibazione giudiziale 'ammissiva' effettuata dal giudice in coda all'udienza preliminare si esaurisce, insomma, nel controllo di corrispondenza tra gli atti presenti nel fascicolo depositato dal pubblico ministero e uno dei tipi elencati dall'art. 431.

Sembra da rimeditare, insomma, l'assunto secondo cui il g.u.p. non deve allegare al fascicolo atti in concreto inidonei all'impiego decisivo²⁴.

Nel disciplinare l'adempimento l'art. 431 non accenna a valutazioni riguardanti la 'conformità a legge' del modo in cui gli atti sono stati compiuti²⁵, e non si rinvencono indicazioni in merito in altre di-

²³ Ad esempio, un sequestro presso il difensore, eseguito in spregio all'art. 103.

²⁴ E. AMODIO, *Fascicolo processuale*, cit., 172; M. NOBILI, sub *Art. 511*, cit., p. 428; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 39; R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit., p. 149, secondo il quale, siccome gli atti appartenenti ai tipi dell'art. 431 possono essere conosciuti dal giudice dibattimentale «in quanto strumenti utilizzabili per la decisione di merito, la loro ammissibilità probatoria finisce con l'essere un presupposto per il loro inserimento nel fascicolo»; F.M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., p. 185; S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 78; G. GARUTI, sub *Art. 431 c.p.p.*, cit., p. 2003; E. ANDOLINA, *Gli atti anteriori*, cit., p. 207, nt. 163.

²⁵ Stando al testo dell'art. 431, l'esclusione (non-inclusione) sarebbe doverosa per gli atti non irripetibili o non risultanti da verbali; nella stessa logica si potrebbero stralciare gli atti relativi alla procedibilità, o all'azione civile, sovrabbondanti rispetto al contenuto tipico: ad es., una querela o un atto di costituzione di parte civile contenenti dettagliate descrizioni delle prove a carico (cfr. O. DOMINIONI, *Chiusura delle indagini preliminari*, cit., p. 78; A. NAPPI, *Guida al codice*, cit., p. 422). Gli unici accenni alla legalità degli atti, e dunque i soli spazi di sindacato del g.u.p. sono nella previsione relativa alle rogatorie (non a caso, interpolata) e nella disposizione attuativa sull'analisi di campioni. Ma entrambe le eccezioni non smentiscono la regola, come si dirà tra poco.

M. NOBILI, sub *Art. 511*, cit., p. 428, ritiene che le norme lascino «aperta la questione [...] se la documentazione della prova inutilizzabile (perché viziata), o altrimenti invalida, vada esclusa dal fascicolo dibattimentale, al momento della sua formazione o successivamente», e tuttavia risolve affermativamente il quesito con un ragionamento

sposizioni²⁶. Né si rinviene alcuna previsione normativa sulla sorte dei protocolli relativi ad atti irripetibili mal compiuti e inidonei all'impiego probatorio: l'assenza di regolamentazione è circostanza significativa sul piano esegetico, visto che il nostro codice in genere descrive e regola sempre puntualmente i flussi di atti tra gli organi e tra le fasi²⁷.

Perciò, una volta che se ne escluda l'accesso al fascicolo dibattimentale, postulare una loro trasmissione «al pubblico ministero con gli atti acquisiti all'udienza preliminare unitamente al verbale dell'udienza», ai sensi dell'art. 433 per l'inserimento nel «fascicolo del pubblico ministero» non sembrerebbe un esito scontato²⁸.

Affermare che il g.u.p. sia tenuto ad includere gli atti appartenenti ai tipi di cui all'art. 431 anche ove questi ultimi risultino affetti da invalidità che ne compromettano l'impiego probatorio, non contraddice la rilevabilità 'in ogni stato e grado' che caratterizza le più gravi patologie degli atti istruttori. Quest'ultimo regime preclude solo ogni impiego dell'atto in chiave 'decisoria', e il fatto che il vizio rilevi già in udienza preliminare fa solo in modo che l'atto non possa fondare, ad esempio, una decisione cautelare che venga richiesta in quella sede.

Quanto alla 'decisione' sulla sostenibilità dell'accusa, che avviene in un momento anteriore rispetto alla formazione del fascicolo – e ne costituisce anzi un logico presupposto – è ovvio che il g.u.p. debba considerare l'utilizzabilità di atti da cui derivino elementi di responsa-

di sistema. F.M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., p. 185, invece, pur ritenendo che il testo dell'art. 431 fornisca un «appiglio normativo» all'affermazione secondo cui la selezione del g.u.p. non ha come parametro la legittimità degli atti, ritiene più convincente la soluzione opposta.

²⁶ Neppure le disposizioni dettate dai commi 2 e 4 dell'art. 391-*decies*, nel prevedere i presupposti per l'inserimento nel fascicolo del dibattimento di documentazione di atti o di verbali di accertamenti compiuti dal difensore, fanno riferimento alla possibile invalidità o inutilizzabilità dei medesimi atti.

²⁷ Di una tal cura è ottimo esempio proprio l'art. 491, che disciplina la sorte dei protocolli dei quali cui il giudice dibattimentale riscontri l'erronea annessione al fascicolo, imponendo l'esclusione fisica, nel modo specificato dall'art. 148 disp. att., vuole che siano «restituiti al pubblico ministero». Per questa via, essi rifluiscono nel fascicolo di cui all'art. 433 ed eventualmente nel sottofascicolo del difensore (arg. ex art. 391-*octies* comma 4); la generica 'restituzione al pubblico ministero' lascia aperta la possibilità che tali atti, oltre a confluire nel fascicolo di cui all'art. 433 vengano impiegati per l'esercizio di altra azione penale.

Solo in materia di intercettazioni le norme regolano la sorte dei materiali spuri dopo la declaratoria della loro inutilizzabilità (ma non sono prescrizioni dettate al giudice che forma il fascicolo dibattimentale: v. *infra*).

²⁸ F.M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., p. 185 riconosce che «a stretto rigore l'atto non dovrebbe inserirsi in nessuno dei fascicoli».

bilità a carico dell'imputato: l'eventuale invalidità incide sul giudizio prognostico in base al quale va sciolta e l'alternativa tra il rinvio a giudizio e il non luogo a procedere, e il giudice dovrà mentalmente 'escluderlo' dal materiale valutabile²⁹. Nulla gli vieta di dichiarare incidentalmente l'inutilizzabilità di atti d'indagine³⁰, ma l'inserimento dell'atto nell'incartamento processuale (che non costituisce un 'impiego' in funzione decisoria) non è affatto precluso. Anzi, una volta che il g.u.p. abbia ritenuto di rinviare l'imputato a giudizio, nel fascicolo per il dibattimento dovrà inserire *tutti* gli atti di cui all'art. 431, compresi quelli dei quali abbia eventualmente già ravvisato l'invalidità; lasciando le questioni sulla utilizzabilità delle prove al loro giudice naturale, che è quello dibattimentale³¹.

Nella selezione del g.u.p. rilevano i soli *divieti di acquisizione*, che non si limitano a precludere l'impiego dell'atto in chiave decisoria (dibattimentale o predibattimentale) ma impediscono in radice l'*ingresso* di certi materiali *tra gli atti del procedimento*. Si tratta di ipotesi ben circoscritte. Accade in relazione ai dati anonimi: «non possono essere acquisiti, né in alcun modo utilizzati» i documenti che contengono di-

²⁹ Ma se pur fosse erroneamente considerato, l'atto introduttivo non ne risulterebbe viziato, giuridicamente parlando: verrebbe solo indebolito l'atto d'accusa, nel senso che se il giudice lo ha formulato in base a materiale inutilizzabile ai fini della decisione è più facile che la prognosi di condanna venga smentita dagli esiti del dibattimento.

³⁰ Senza che, tuttavia, a fronte di un'eccezione difensiva, egli sia obbligato ad una pronuncia sul punto, resa preliminarmente rispetto alla decisione conclusiva dell'udienza; anche se la decisione in ordine all'utilizzabilità di un atto di indagine può essere importante ai fini delle valutazioni circa la convenienza di riti speciali. La giurisprudenza di legittimità lo ha chiarito più volte, in relazione alla richiesta di rito abbreviato (da ultimo Cass., Sez. I, 16 novembre 2016, n. 52603, F.S., *inedita*, notando che «il giudizio prognostico sullo sviluppo probatorio in sede dibattimentale [...] va compiuto considerando non solo quanto è stato raccolto durante le indagini, ma anche quello che sarà ragionevolmente acquisito nel giudizio [...] al limite anche ipotizzando, ove possibile, la "sostituzione" degli atti raccolti nelle indagini in modo viziato» e che l'imputato, ove opti per il giudizio abbreviato, può sempre far valere in quella sede l'inutilizzabilità degli atti in discorso).

In verità potremmo dire che le parti non hanno diritto ad alcuna presa di posizione del giudice in ordine alla presenza di patologie negli atti di indagine. In ogni caso non pare un controllo che il g.u.p. debba fare *ex officio* in sede di formazione del fascicolo (con due eccezioni, entrambe giustificabili in base alle loro peculiarità: v. più avanti, nel testo).

³¹ Per la verità, la dottrina opina normalmente in senso contrario, ritenendo che alla fattispecie di inutilizzabilità consegua *normalmente* l'eliminazione fisica dell'atto spurio (F.M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie*, cit., p. 43; più di recente, A. CAPONE, *L'invalidità*, cit., p. 211).

chiarazioni anonime (cui sono stati assimilati intercettazioni e raccolte di dati effettuate in modo illegale), di cui all'art. 240. E ancora: «non possono essere acquisite né utilizzate» le confidenze poliziesche di cui all'art. 203.

L'ostracismo rispetto a simili fonti probatorie impone al g.u.p. di tener fuori dal fascicolo – a prescindere da qualsiasi convenzione tra le parti – ciò che a rigore non dovrebbe neppure figurare agli atti³². Detto altrimenti, il giudice non può allegare al fascicolo dibattimentale materiali che *non possono* esser acquisiti agli atti del processo³³.

Vi è poi un'ipotesi in cui, pur mancando un divieto di acquisizione, la patologia di un atto (che ove legittimamente compiuto fornirebbe informazioni certamente spendibili per la decisione) impedisce la sua allegazione al fascicolo dibattimentale: in materia di intercettazioni di comunicazioni la sanzione della inutilizzabilità, riconnessa alle più gravi deviazioni dalla disciplina in tema di presupposti e procedimento, dovrebbe anche precludere, stando alle norme, l'ingresso dell'atto (e delle informazioni in esso contenute) tra le carte del processo. La procedura contempla un particolare meccanismo di eliminazione non solo dei materiali irrilevanti ma anche di quelli di cui è vietata l'utilizzazione (art. 268 comma 6), in una udienza 'di stralcio'³⁴. L'esilio

³² È appena il caso di notare che quando il contenuto del fascicolo non era ancora stato reso negoziabile dalle parti, divieti di acquisizione non potevano neppure venire in gioco davanti al giudice dell'udienza preliminare, poiché documenti anonimi e confidenze poliziesche non rientrano nelle categorie di atti di cui all'art. 431. Al più avrebbero potuto riguardare atti assunti attraverso incidente probatorio (si pensi alla testimonianza sul contenuto di una informazione confidenziale).

³³ In un clima culturale (parzialmente) diverso, è stato infatti sostenuto che «una notizia processualmente interessante non vagliata (o vagliabile) in un contraddittorio non è una "notizia" e, a maggior ragione, non può essere una "prova"» (P. CORSO, *Notizie anonime*, cit., p. 122). Perfino il codice Rocco, raccogliendo una tradizione assai «illuministica» (v. F. CARRARA, *Lineamenti di pratica*, cit., p. 374: «quando un elemento illegittimo si è posto in un processo criminale, non si può mai calcolare quali ne saranno le conseguenze: giustizia vuole che a quello si chiuda la porta», cit. da P. CORSO, *loc. ult. cit.*), ricorse ad una regola di espulsione dal fascicolo del tutto analoga a quella odierna (art. 141 c.p.p. abr.). Come noto, prassi giurisprudenziali distorsive e improntate ad esigenze di celerità dell'accertamento ne vanificarono sostanzialmente la portata (cfr. le critiche di P. CORSO, *Notizie anonime*, cit., p. 148 ss., 193 ss.).

³⁴ All'esito dell'udienza il materiale residuo (dopo la trascrizione delle registrazioni) viene inserito all'interno del fascicolo dibattimentale ai sensi dell'art. 268 comma 7. Non si tratta di una norma speciale rispetto a quella dell'art. 431, nel senso che resti fuori dall'ambito applicativo di quest'ultima ogni atto ignorato dalla prima: vanno inclusi anche tutti i verbali riguardanti questo mezzo di ricerca della prova (la disposizione va letta infatti insieme all'art. 431, in modo combinato). Registrazioni e brogliacci d'ascolto rifluiscono invece nel fascicolo del p.m., ove rimangono fino alla sen-

dalle carte del processo rappresenta perciò una conseguenza non immediatamente ricollegabile alla sanzione, ma alla particolare sorte fisica impressa dalle norme ai dati spuri, a tutela degli interessi (extraprocedurali) delle persone coinvolte, indagati o terzi³⁵. E se – invece – risulta attualmente normale che intercettazioni inutilizzabili penetrino nel dibattimento, e vengono conosciute (anche) dal giudice, è solo perché nella prassi le regole codicistiche sono disapplicate, e la cernita effettuata tardivamente, all'interno del dibattimento³⁶.

Vi sono poi due ipotesi particolari in cui l'allegazione di un atto al fascicolo dibattimentale viene *espressamente* condizionata alla verifica del rispetto di alcune norme procedurali, ma il regime trova spiegazione nella peculiarità delle fattispecie. Una è quella delle analisi di campioni (art. 223 comma 3 disp. att.) effettuate nel corso di procedure amministrative, che ove acquisite al procedimento penale nella fase investigativa, vengono allegate – se irripetibili – al fascicolo dibattimentale *solo se* al momento del loro compimento siano state osservate alcune prescrizioni in ordine all'informazione ed alla partecipazione dell'interessato³⁷.

L'altra ipotesi è quella degli atti compiuti in via rogatoriale, che vengono sempre allegati al *dossier* ufficiale se irripetibili, e negli altri casi solo se al difensore siano state assicurate le medesime garanzie previste dalle legge italiana per lo stesso tipo di attività³⁸.

tenza definitiva (F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati*, cit., p. 191). Finiscono nel fascicolo *ex art.* 433 anche decreti autorizzativi: nessuna norma li contempla tra i contenuti necessari del *dossier* dibattimentale; e *pour cause*, visto che si tratta di provvedimenti motivati (così, pur con perplessità A. CAMON, *Le intercettazioni*, cit., p. 234).

³⁵ L'art. 271 comma 3 impone poi al giudice che rilevi l'invalidità di un'intercettazione di ordinare la distruzione dei reperti, salvo che siano *res delicti*; qui tuttavia la necessità di espunzione dell'atto è una soluzione pensata a tutela di interessi legati al violato diritto alla riservatezza (la distruzione è peraltro apparsa troppo drastica visto che l'ammissibilità della prova dipende dai *nomina delicta*, che variano nella prospettiva dei giudizi: così F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 765).

³⁶ Stando alle norme, trascrizione e acquisizione delle intercettazioni dovrebbero avvenire invece durante le indagini, o al più tardi al loro esito: lontano dal contesto pubblico del processo, risulterebbe ridotto il danno 'necessario' alla riservatezza delle persone, come esige la salvaguardia di interessi protetti dall'art. 15 Cost. (F. ALONZI, *Dubbi di costituzionalità*, cit., p. 1096 ss.). In argomento, cfr. Corte cost., 20 luglio 2012, n. 204, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2768. Sulla 'normale' elusione, nella prassi giudiziaria, delle garanzie previste dalla normativa sullo stralcio, v. A. NAPPI, *Sull'abuso*, cit., p. 470.

³⁷ La norma si occupa di atti compiuti nel corso di una attività *meramente* amministrativa: lo stesso atto ove compiuto in seno ad una indagine penale – o anche durante un procedimento amministrativo, ma dopo l'emersione di «indizi di reato» (art. 220 disp. att.) – sarebbe assoggettata alla diversa (e più rigorosa) disciplina di cui all'art. 360.

³⁸ Questi atti vengono compiuti secondo normative estere (*lex fori*) potenzial-

In entrambe queste fattispecie, però, il controllo da parte del g.u.p. in ordine all'osservanza di *certe* regole procedurali trova una spiegazione nella peculiarità delle relative ipotesi, che non contraddice la regola (opposta) prevista per la generalità degli atti da allegare al fascicolo. In relazione agli accertamenti amministrativi e agli atti compiuti all'estero l'autore dell'atto potrebbe infatti non esser tenuto al rispetto di quelle regole: in quanto non previste dalla regolamentazione amministrativa di settore, nella prima ipotesi, o non contemplate dalla *lex loci* nella seconda. Si tratta in entrambi i casi di atti che possono essere acquisiti alle indagini e impiegati per la prosecuzione delle stesse e per le determinazioni relative all'esercizio dell'azione penale³⁹. Perciò mentre rappresenta un'evenienza *patologica* che attraverso l'inserimento nel fascicolo penetrino nel giudizio penale attività investigative compiute senza il rispetto delle norme del codice di rito, ciò potrebbe avvenire fisiologicamente per *qualsiasi* atto compiuto all'estero o in sede amministrativa. Questo deve aver indotto il legislatore ad anticipare all'udienza preliminare il controllo circa il rispetto di basilari garanzie partecipative, condizionando all'esito la materiale allegazione dei protocolli.

Fuori dai casi ora ricordati, però, la conformità dell'atto del fascicolo investigativo alle regole che ne condizionano la *validità* non rientra tra gli elementi in base ai quali il g.u.p. decide se lo stesso vada trasferito nel *dossier* processuale o debba rifluire nel fascicolo del p.m.

La medesima conclusione dovrebbe valere per gli atti compiuti nelle forme dell'incidente probatorio, pure essi destinati a penetrare tra le prove utili alla decisione: si pensi all'incidente probatorio nel quale sia stata estorta una testimonianza, o siano state raccolte dichiarazioni inutilizzabili ai sensi dell'art. 63 comma 2⁴⁰.

mente caratterizzate da *standards* di garanzia anche assai inferiori rispetto a quelli assicurati dalla nostra legislazione processuale interna.

³⁹ Si tratta, insomma, di una valutazione di conformità dell'atto ad alcuni *standards* processuali (cui il legislatore condiziona l'utilizzabilità degli atti amministrativi o stranieri come 'prova' nel processo) che non viene effettuata dal p.m. quando importa l'atto nel fascicolo investigativo.

Resta invece riservata al giudice dibattimentale – si direbbe – la valutazione dei profili di utilizzabilità diversi da quelli prescritti dagli artt. 431 comma 1 lett. f) e 223 disp. att.: ad esempio, per le rogatorie, la violazione delle norme di cui all'art. 469 comma 1 (relative alle norme internazionali di assistenza giudiziaria in tema di acquisizione o trasmissione degli atti, e al principio di 'specialità': art. 729 comma 1), o l'esecuzione dell'atto con modalità diverse da quelle indicate nella domanda di assistenza (art. 729 comma 1-bis) (in argomento, v. A. SCELLA, *L'inutilizzabilità delle prove*, cit., in *Rogatorie penali*, cit., p. 349).

⁴⁰ Gli esempi sono di F. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., p. 169; Id.,

Secondo alcuni la disciplina normativa dovrebbe essere tuttavia interpretata in senso opposto: si può attribuire al g.u.p. il dovere di includere gli atti corrispondenti ai tipi di cui all'art. 431, in deroga al principio di separazione delle fasi, solo nella misura in cui essi risultino immuni da vizi che in concreto ne compromettano tale possibilità di impiego. Dopotutto, valorizza meglio il congegno del doppio fascicolo e il principio di oralità la soluzione che, assegnando al g.u.p. una (prima) scrematura degli atti illegittimamente compiuti e dunque inidonei all'impiego in chiave decisoria, riduce la mole di carte che giungono al cospetto del giudice dibattimentale ⁴¹.

E tuttavia, assegnare al g.u.p. questo potere comporterebbe serie controindicazioni. Anzitutto, riferita ai materiali investigativi viziati, la selezione potrebbe risultare assai problematica in relazione a tutte le ipotesi di invalidità 'relative'; quelle, cioè, che rendono l'atto inidoneo all'impiego probatorio 'nei confronti' di uno soltanto dei vari coimputati ⁴². In questi casi, non solo e non tanto il giudice potrebbe orientarsi con difficoltà nella condotta da tenere (includere o escludere l'atto), quanto potrebbe essere difficile o impossibile diagnosticare, in quel momento procedimentale, la parziale inutilizzabilità del protocollo

In secondo luogo, se il g.u.p. fosse tenuto ad escludere dal fascicolo processuale l'atto che ritiene illegittimo, l'eventuale erroneità della sua diagnosi potrebbe portare ad una perdita irrimediabile di informazioni utili alla decisione. Ed infatti, la possibilità che il giudice dibattimentale 'recuperi' l'atto erroneamente ritenuto invalido verrebbe a dipendere dalla diligenza della parte interessata all'acquisizione, la quale avrebbe l'onere di (ri)solvere la questione in dibattimento. L'inerzia potrebbe essergli fatale: se il giudice non viene a conoscenza, nel corso del giudizio, dell'esistenza di un atto erroneamente estromesso, egli resterebbe sicuramente all'oscuro dell'esclusione illegittima ⁴³.

Attività preparatorie, cit., p. 43, il quale ritiene tuttavia che l'inutilizzabilità prevalga sul regime del fascicolo dibattimentale, cosicché l'atto (astrattamente rientrante nei tipi dell'art. 431, ma) viziato non potrebbe esservi inserito.

⁴¹ Sappiamo bene come lo svolgimento del compito di valutare l'ammissibilità delle prove possa mettere in crisi la necessaria verginità conoscitiva e dunque l'imparzialità del giudicante, ed è innegabile che il rischio aumenti per le prove precostituite, come il verbale di un atto di indagine, poiché in questi casi la deliberazione ammissiva, specie se difficile e complicata da contestazioni, può rendere necessaria la lettura del protocollo e dunque la piena conoscenza del risultato probatorio da parte del giudice.

⁴² Quando poi l'inutilizzabilità parziale riguarda la direzione dell'atto (nel senso che sia precluso solo l'uso *in damnosus* e non anche quello che invece all'imputato risulti favorevole) una eliminazione fisica non sarebbe un trattamento processuale neppure pensabile.

⁴³ Il giudice del dibattimento non è in grado, normalmente, di recuperare un atto

Per lo stesso motivo, in assenza di un'eccezione di parte l'erronea declaratoria di invalidità non sarebbe sindacabile neppure in sede di impugnazione: al giudice d'appello vengono trasmessi gli atti del procedimento di primo grado (art. 590) ma non il fascicolo del pubblico ministero ⁴⁴.

Del resto, il vantaggio di impedire al giudice dibattimentale la visione dell'atto viziato, e la possibile contaminazione della decisione ⁴⁵, non sarebbe affatto sicuro: l'organo decidente prenderebbe comunque conoscenza dell'atto escluso dal fascicolo ogni volta in cui la parte interessata all'acquisizione dello stesso gli sottoponga la questione *ex art. 491 comma 2*.

Insomma, il contatto del giudice del dibattimento con l'atto spurio è ritenuto un inconveniente preferibile al rischio di perdere irrimediabilmente le informazioni ricavabili da un verbale erroneamente estromesso ⁴⁶.

Sul piano assiologico la conclusione è facilmente giustificabile: si può fondatamente ritenere che tra il pericolo di inquinamento della de-

illegittimamente escluso dal fascicolo, semplicemente perché egli solitamente ne ignora l'esistenza, né ha disponibilità del verbale dell'udienza preliminare, dal quale possa risultare il provvedimento espulsivo del giudice dell'udienza preliminare. Provvedimento che potrebbe finanche mancare quando nessuno si sia opposto alla decisione di non inserire l'atto. Un recupero dibattimentale dell'atto che non sia sollecitato dalla parte è pensabile soltanto nell'ipotesi in cui il giudice venga accidentalmente a conoscenza della sua esistenza dalla lettura del fascicolo o dalle risultanze dell'istruzione orale.

⁴⁴ Nota come, ai sensi dell'art. 114 comma 3 il giudice d'appello deve essere ignaro del materiale probatorio rimasto nel fascicolo del pubblico ministero R. ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit., p. 13, nota 26.

⁴⁵ Famoso il rilievo di F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., p. 183, secondo cui «se il legislatore esige che siano ignorate certe prove, il miglior partito è escluderle fisicamente; offrire una scrittura alla percezione del giudice, con il divieto di servirsene ai fini decisorii, è atteggiamento manifestamente contraddittorio. La suggestione che in tal modo si esercita per i canali dell'inconscio, non è un fatto trascurabile; è possibile addirittura che la risultanza proibita sia usata consapevolmente, dietro lo schermo di una motivazione formalmente ineccepibile ma insincera, che dissimula le ragioni intuitive della decisione». Tale influenza deriva «dalla stessa conoscenza dell'atto e più ancora dall'averlo materialmente a disposizione quando si decide (corsivo nostro)»: lo nota P. FERRUA, *La formazione delle prove*, cit., p. 87.

⁴⁶ Diverso il discorso per gli atti che a parere del g.u.p., non hanno titolo ad essere inseriti nel fascicolo, in quanto non rispondenti alle tipologie elencate dall'art. 431: essi dovranno esser tenuti fuori dall'incartamento ufficiale, e la parte che ritenga errata la valutazione del giudice avrà l'onere di riproporre la questione in dibattimento entro la soglia segnata dall'art. 491; l'inerzia potrebbe risultargli fatale, visto che l'organo dibattimentale potrebbe non essere mai in grado di avvedersi dell'erronea esclusione.

cisione e il pericolo di perdere una prova quest'ultimo sia di gran lunga più temibile per l'accuratezza della decisione.

4. LE DISCIPLINE SPECIALI

La disciplina della formazione del fascicolo descritta nell'art. 431 riguarda il procedimento ordinario, caratterizzato dalla presenza dell'udienza preliminare: ne restano fuori alcuni percorsi procedimentali differenziati.

La procedura è sempre stata, e rimane, molto semplificata nel giudizio immediato: quando l'art. 457 prevede che, decorso il termine concesso all'imputato per chiedere rito abbreviato o patteggiamento, siano trasmessi al giudice dibattimentale il decreto che dispone il giudizio ed «il fascicolo formato a norma dell'art. 431», quest'ultimo rinvio, rivolto al testo *ante* 1999, va riferito oggi al contenuto dell'incartamento e non anche alle modalità di formazione, che dunque continua ad avvenire come previsto di regola nel testo originario dell'art. 431, ad opera della cancelleria del giudice per le indagini preliminari ⁴⁷.

Sulla base di una diversa esegesi si è invece ritenuto che, in assenza di una deroga espressa, alla garanzia del contraddittorio nella composizione del *dossier* probatorio, debba essere attribuita una valenza generale, senza che si possa limitarne l'effettività alla sola sede processuale costituita dall'udienza preliminare. La stessa possibilità di fissare una «nuova udienza», prevista nell'art. 431, comma 1, avvalorerebbe tale lettura estensiva, secondo la quale, dunque, anche nell'ambito del rito speciale in questione, il giudice dovrebbe provvedere, dopo l'e-

⁴⁷ Cfr. Sez. I, 21 novembre 2000, Verolla, in *C.E.D. Cass.*, n. 223439, secondo cui il rinvio contenuto nell'art. 457 andrebbe riferito alla previgente versione dell'art. 431 e, quindi, «all'esclusiva necessità di indicazione degli atti da inserire nel fascicolo medesimo e non all'osservanza delle forme del contraddittorio»; conforme, Cass., Sez. III, 18 gennaio 2011, n. 5349, P., in *C.E.D. Cass.*, n. 249570. Cfr. C. DI BUGNO, voce *Giudizio immediato*, cit., p. 400; R. DEL COCO, *Disponibilità della prova penale*, cit., 2004, p. 141. Opposta la prospettiva accolta da G. FRIGO, *Dibattimento: scelte meditate*, cit., p. 92, nonché V. BRENA, *Fascicolo per il dibattimento*, cit., p. 72, secondo il quale il g.i.p. provvederebbe nel contraddittorio, consentendo alla parte privata di predisporre le proprie strategie difensive all'esito di una compiuta *discovery* delle indagini (assente prima di questo momento, stante l'inapplicabilità dell'art. 415-bis). E tuttavia proprio la circostanza che l'emissione del decreto di citazione a giudizio immediato non venga accompagnato da alcun deposito degli atti trasmessi dal p.m. al giudice conferma l'impressione che l'imputato non possa in alcun modo interloquire nella formazione del fascicolo, e dà ragione della sua formazione nella cancelleria del g.i.p. (L. CUOMO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 247).

missione del decreto che dispone il giudizio e nel contraddittorio delle parti, alla formazione del fascicolo da trasmettere all'organo competente per il dibattimento, consentendo alla parte privata di predisporre le proprie strategie difensive all'esito di una compiuta *discovery* delle risultanze d'indagine.

Per quanto concerne il giudizio direttissimo, infine, il combinato disposto degli artt. 450 comma 4 e 138 disp. att. riserva al pubblico ministero l'attività di formazione del fascicolo, sia nell'ipotesi in cui si proceda nei confronti di un imputato libero, sia quando si agisca contro un imputato *in vinculis*; nella sotto-ipotesi in cui l'accusato in stato di arresto venga presentato al giudice per la convalida ed il contestuale giudizio, «il fascicolo medesimo è formato subito dopo il giudizio di convalida»⁴⁸.

Poiché entrambe le disposizioni rinviano all'art. 431, si ripropongono per il rito direttissimo le medesime difficoltà interpretative riscontrate nella disciplina del giudizio immediato⁴⁹: il rinvio si riferisce agli *atti* da inserire, non ai *modi* della collazione, che è opera esclusiva del p.m. In questo caso il procedimento formativo del fascicolo è ancora diverso: il fascicolo è confezionato dal p.m., ma in udienza, davanti al giudice e al difensore.

Non si tratta però di una formazione del fascicolo 'in contraddittorio': per il breve intervallo tra l'avviso al difensore e la celebrazione dell'udienza, la difesa è scarsamente preparata e difficilmente sarebbe in grado di interloquire con efficacia. E in ogni caso, ove ravvisi errori nella cernita degli atti, può solo sollecitare l'accusatore, ma non invo-

⁴⁸ Supponiamo l'avvenuta convalida della misura precautelare, o una mancata convalida seguita dal consenso dell'imputato ad essere giudicato per direttissima. Accade spesso che, dopo un arresto in flagranza, il successivo giudizio direttissimo avvenga dinanzi al tribunale monocratico (dati i reati assegnati alla cognizione monocratica: P. GAETA, *Giudizio direttissimo*, cit., p. 657). In questi casi, quando l'arrestato è condotto davanti al giudice per la convalida ed il giudizio dagli ufficiali di p.g. che hanno effettuato all'arresto, spetta a questi ultimi – in quanto organi esecutivi della pubblica accusa – provvedere a tutti gli adempimenti necessari per la celebrazione del dibattimento, inclusa la formazione del fascicolo dibattimentale, in base alle direttive impartite dal pubblico ministero (C. BORTOLIN, *La fissazione di un'apposita udienza*, cit., p. 3266).

⁴⁹ Si è cercato di distinguere a seconda che l'arrestato sia tratto a giudizio in stato libero o *in vinculis*: mentre in quest'ultimo caso la presenza in udienza del difensore consentirebbe una collazione effettuata in modo 'collaborativo' tra accusa e difesa, nei casi di citazione diretta a giudizio dell'imputato libero, la fissazione di un'udienza *ad hoc* finalizzata all'incombente risulterebbe inconciliabile con l'esigenza di celerità, cosicché la formazione del fascicolo sarebbe di esclusiva pertinenza del p.m. (così L. TIRABASSI, sub *Art. 430*, cit., p. 1661).

care l'intervento del giudice (non previsto dall'art. 138 disp. att.)⁵⁰. Ove il p.m. non accolga i rilievi critici del difensore, a quest'ultimo non resta che attendere il momento riservato alle questioni preliminari, nel quale potrà per la prima volta invocare l'intervento del giudice⁵¹.

Nell'ambito del rito monocratico con citazione diretta la formazione del fascicolo dibattimentale non solo non avviene nel contraddittorio delle parti, ma non è neppure giurisdizionalizzata. Conformemente alle direttive di semplificazione seguite nell'architettura di questo rito⁵², l'incombente è assegnato all'ufficio del pubblico ministero che vi procede (*inaudita altera parte*), trasmettendo poi il *dossier* al giudice dibattimentale con il decreto di citazione (art. 553). Qui la difesa non ha voce in capitolo, se non la possibilità di sollecitare l'accusatore «a valutare la possibilità di inserire nel fascicolo per il dibattimento alcuni atti specificamente indicati»⁵³, e gli eventuali accordi per l'acquisizione di atti possono essere conclusi fra le parti solo in dibattimento dopo l'apertura (art. 555 comma 4)⁵⁴. Evidente il costo della semplificazione: la formazione del fascicolo processuale è affidata all'accusatore, con un controllo giudiziale successivo.

Economia e garanzie sono meglio conciliate nel rito davanti al giudice di pace, ove pure è assente la fase dell'udienza preliminare, ma la formazione del fascicolo avviene in modo ancora diverso. Non potendo affidare l'incombente ad un giudice diverso da quello dibattimentale, il legislatore – per preservare il più possibile la verginità conoscitiva del giudicante – ha escogitato una particolare regolamentazione del rapporto giudice-parti nella cernita degli atti: il giudice non «provvede alla formazione del fascicolo nel contraddittorio delle parti», come prescrive l'art. 431 quanto piuttosto «invita le parti ad indicare gli atti da inserire» (art. 29 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274). Questa

⁵⁰ Cfr. F. M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie*, cit., p. 261.

⁵¹ Cfr. F. M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie*, cit. p. 261, che nota come l'art. 451 richiami l'osservanza delle disposizioni di cui agli atti. 470 ss.

⁵² Critici H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 141; G. DELLA MONICA, *La formazione del fascicolo*, cit., p. 220.

⁵³ L. CUOMO, *L'udienza preliminare*, cit., p. 248: la formazione del fascicolo avviene infatti non prima o contestualmente l'emissione del decreto di citazione ma dopo sua notificazione: il difensore è avvertito del deposito della carte investigative nella segreteria del pubblico ministero, con facoltà di visione e copia (art. 552 comma 1, lett. g)). Soltanto secondo un isolato precedente l'omessa trasmissione del fascicolo rende nulla la citazione a giudizio (Cass., Sez. I, 5 novembre 1998, Equatore, in *C.E.D. Cass.*, n. 211878).

⁵⁴ In argomento, cfr. G. GARUTI, *Il procedimento per citazione*, cit., p. 159 ss.; F. SIRACUSANO, *L'udienza di comparizione*, cit., 2000, p. 78.

particolare dinamica concilia bene esigenze pratiche (il giudice non ha materialmente a disposizione gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero) e rispetto della verginità conoscitiva: occupandosi personalmente della selezione, il giudice di pace non avrebbe potuto far a meno di prendere conoscenza dell'intero contenuto del fascicolo delle indagini.

5. L'UDIENZA PER LA FORMAZIONE DEL FASCICOLO

Un altro degli aspetti innovativi che caratterizzano la disciplina della formazione del fascicolo dopo la legge Carotti è rappresentato dalla previsione del diritto di ciascuna parte di ottenere, su richiesta, la fissazione di un'udienza appositamente dedicata alla formazione del fascicolo, *rectius* il rinvio di quell'appendice dell'udienza preliminare destinata all'incombente, entro un termine ordinatorio fissato nel massimo a quindici giorni⁵⁵.

La *ratio* della norma non è di facile intuizione.

Giunte all'udienza preliminare, le parti dovrebbero ormai conoscere i risultati delle rispettive indagini, e di certo hanno avuto il tempo di studiare le carte delle indagini valutando quali siano gli atti destinati ad essere trasferiti nel fascicolo per il dibattimento. Il rinvio ad una ulteriore udienza sembrerebbe, *prima facie*, un mezzo per fronteggiare una *particolare* lunghezza e complessità della composizione del dossier processuale, specie in procedimenti caratterizzati da indagini lunghe o complicate, magari relative a vari fatti di reato e/o a diverse persone.

È strano che la decisione sul rinvio venga rimessa alla valutazione del richiedente, senza dare alcuna voce in capitolo al giudice, che è tenuto a fissare l'udienza in ogni caso: di solito la soluzione di emergenze oggettive di questo tipo risulta, al contrario, rimessa alla valutazione del giudice, sentite le parti⁵⁶.

Questo rilievo suggerisce una *ratio* più articolata: il 'diritto' alla nuova udienza sarebbe utile alle parti non tanto per *studiare* meglio quale sia, nel caso concreto, il contenuto *legale* del fascicolo, quanto

⁵⁵ La misura del termine è singolare: ragionando in astratto «stride con la possibilità (invero teorica) che la data dibattimentale venga fissata a poco più di venti giorni (per alcuni reati mai superiori a trenta)» nonché con il termine di sette giorni per la presentazione delle liste testimoniali per il dibattimento (E. CAMPOLI, sub *Art. 431*, cit., p. 1438).

⁵⁶ C. DI BUGNO, sub *Art. 26*, cit., p. 451.

per *guadagnar tempo* nella prospettiva di accordarsi – una volta che il giudice abbia deciso che l'imputazione merita un dibattimento – sull'acquisizione di atti *ulteriori* a quelli necessari⁵⁷. Ed allora, essendo irrilevante la posizione del giudice rispetto a questi arricchimenti consensuali, risulta anche coerente con questa finalizzazione la ricostruzione del rinvio come prerogativa della parte.

L'esclusione di *qualsiasi* apprezzamento giudiziale resta, però, poco giustificata, e paradossalmente contrastante con le finalità di economia processuale perseguite dall'istituto degli accordi istruttori. È pur vero infatti che la richiesta non dovrebbe comportare in sé un particolare appesantimento procedurale: non occorrono notificazioni, visto che la lettura del provvedimento di fissazione equivale a notifica per i presenti e chi deve considerarsi tale⁵⁸; lo svolgimento dell'udienza dovrebbe avvenire secondo lo schema semplificato delle procedure incidentali, sulla falsariga di quanto l'art. 491 detta per il diverso ma analogo contesto delle questioni preliminari: eventuale discussione, senza repliche, contenuta «nei limiti di tempo strettamente necessari»⁵⁹; nelle more non dovrebbero essere consentiti incidenti probatori⁶⁰. E tuttavia, a quest'appendice si applica il reticolo di garanzie previste a tu-

⁵⁷ Cfr. l'intervento del sen. Pinto in Commissione giustizia del Senato, seduta del 6 luglio 1999, nonché la relazione dallo stesso comunicata alla Presidenza il 21 settembre 1999 (consultabili, fra i lavori preparatori della l. 16 dicembre 1999, n. 479, Atti della Commissione giustizia del Senato, in www.camera.it).

⁵⁸ La persona offesa potrebbe essere assente (e potrebbe non esservi neppure un suo difensore), ma in quel caso essa – purché avvisata *ab origine* dell'udienza preliminare ex art. 419 – non ha diritto ad altri avvisi, essendo estranea alla formazione del fascicolo, che coinvolge le sole 'parti' (G. GARUTI, *La formazione del fascicolo*, cit., p. 540). *Contra*, nel senso che il mancato avviso all'offeso menomerebbe comunque le possibilità di controllo durante la formazione dell'incartamento A. PROCACCINO, *Il negozio probatorio*, cit., p. 68: all'avviso del rinvio si applicherebbe dunque l'art. 419. Quest'ultima soluzione tuttavia sovradimensiona il ruolo dell'informazione alla persona offesa della fissazione dell'udienza preliminare, prevalentemente ricondotto alla salvaguardia della possibilità dell'offeso-danneggiato di costituirsi parte civile «per l'udienza preliminare» (art. 79 comma 1) tanto che, ove egli non si sia costituito parte civile, si ritiene che non possa neppure presenziare alle camera di consiglio (G. TRANCHINA, voce *Persona offesa*, cit., p. 4).

⁵⁹ G. GARUTI, *La formazione del fascicolo*, loc. ult. cit.

⁶⁰ Che anzi dovrebbe ritenersi precluso con la chiusura della discussione: a quel momento, gli elementi in base ai quali decidere se emettere il decreto che dispone il giudizio devono essere definiti: così G. GARUTI, *La verifica dell'accusa*, cit., p. 218. L'A. ritiene (*La formazione del fascicolo*, cit., p. 540) che gli elementi da assumere con urgenza nel periodo tra la fine dell'udienza preliminare e la fine dell'udienza per la formazione del fascicolo potrebbe essere raccolto nell'ambito dell'attività integrativa di indagine.

tela del contraddittorio nell'udienza preliminare, incluse le disposizioni in tema di rinvio per legittimo impedimento dell'imputato o del difensore⁶¹, cosicché la dilazione potrebbe andare ben oltre i quindici giorni previsti dall'art. 431. Insomma un sicuro allungamento (magari consistente) dei tempi in vista della conclusione, nient'affatto certa, di patti acquisitivi. Anzi, la richiesta di rinvio potrebbe essere strumentalizzata dalla parte interessata a fini *meramente* dilatori, perché il diritto al rinvio è svincolato sia da valutazioni del giudice che dal parere della controparte.

Sarebbe stato invece opportuno riservare al giudice la possibilità di apprezzare la compatibilità della richiesta con le esigenze di economia processuale⁶², valutando l'effettiva possibilità che le parti valutino «immediatamente dopo» il rinvio a giudizio, come previsto nell'*incipit* dell'art. 431, sia la convenienza di eventuali patteggiamenti probatori, tenuto conto della consistenza delle carte e della complessità del caso.

6. VIOLAZIONI

Le innovazioni alla procedura di formazione del fascicolo non hanno mancato di generare incertezze interpretative, in particolare per quanto riguarda le conseguenze delle eventuali trasgressioni. Due le situazioni che hanno generato dubbi.

Dapprima si è posto il caso del giudice che, a fronte della richiesta di rinvio dell'udienza per procedere all'incombente, abbia rigettato l'istanza, provvedendo immediatamente alla formazione del fascicolo.

Successivamente sono venute all'attenzione della giurisprudenza di legittimità situazioni – di più grave patologia – in cui il giudice ha proceduto a formare il *dossier* fuori udienza, con le modalità previste prima della novella, ossia affidandolo di fatto all'ufficio di cancelleria. Quest'ultima situazione è giunta più volte all'attenzione della Corte Suprema, a fronte della prassi, tutt'ora alquanto diffusa tra i giudici di merito, tendente a disapplicare la norma che prevede la formazione del fascicolo nel contraddittorio tra le parti.

Nell'uno e nell'altro caso la giurisprudenza di legittimità ha escluso che da queste trasgressioni possano derivare vizi processuali, e in particolare che possa predicarsi una nullità generale, per violazione

⁶¹ Il difensore assente sarebbe da sostituire *ex art. 97 comma 4*, secondo R. BRICCHETTI, *Chiusura delle indagini*, cit., p. 141.

⁶² Di BUGNO, sub *Art. 26*, cit., p. 451.

delle prerogative delle parti⁶³. La Corte di cassazione, interpellata sulla possibilità di ravvisare una nullità generale, ha sempre negato che le disposizioni sulla formazione del fascicolo possano farsi rientrare – come invece prospettato nelle censure di legittimità – tra quelle «concernenti ... l'intervento, assistenza e rappresentanza dell'imputato» (art. 178 comma 1 lett. c))⁶⁴. Questa giurisprudenza, si noti, non indaga sulla sussistenza di un pregiudizio *concreto*, quale elemento ulteriore alla violazione e necessario a produrre la nullità, ma discute della *astratta* lesività della trasgressione delle disposizioni sulla fascicolazione degli atti rispetto agli interessi tutelati dalle disposizioni sanzionatorie, negandola.

Per sostenere quest'assunto, la Corte ha ripetutamente affermato che la scelta di collocare la fascicolazione all'interno dell'udienza preliminare tende, principalmente, ad esigenze «di snellezza processuale»: anticipando le discussioni sulla fascicolazione degli atti, che prima della novella impegnavano il dibattimento, si rende più *spedita* la trattazione delle questioni preliminari, che oggi dovrebbero riguardare la composizione dell'incartamento processuale solo per i problemi che non siano già stati sciolti dal giudice dell'udienza preliminare; secondario sarebbe l'ulteriore effetto, di tenere il giudice dibattimentale il più possibile lontano dalle carte investigative⁶⁵.

Ciò per un verso spiega, secondo la Corte, perché il legislatore non ha ritenuto di presidiare l'osservanza della procedura partecipata con una previsione di nullità, e per altro verso impedisce di sussumere la previsione in discorso tra le disposizioni riguardanti le prerogative delle parti (assistenza dell'imputato o partecipazione del pubblico ministero al procedimento, a seconda dei casi). L'irrituale formazione del fascicolo (*more antiquo*, in cancelleria) non comporterebbe perdite per i contendenti, e in particolare non cagionerebbe danno alle ragioni della difesa, data la possibilità di interloquire *ex post* sulla

⁶³ Cass., Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 19773, Pronesti, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1990, con nota di S. CERVETTO, *Il vizio conseguente*, cit.

⁶⁴ Su questa accezione del criterio giurisprudenziale del 'pregiudizio effettivo' nell'interpretazione delle norme in tema di nullità degli atti, cfr. R. APRATI, voce *Nullità*, cit., p. 390 ss.

⁶⁵ «Di sicuro meno rilevante» dice Cass., Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 19773, Pronesti, cit., p. 1990, osservando, a conferma dell'assunto, che la partecipazione delle parti alla collazione non esclude la proposizione di questioni sulla composizione sul fascicolo all'organo dibattimentale, per la prima volta o perché sul punto esiste una controversia non sciolta in udienza preliminare.

corretta collazione, in sede di questioni preliminari al dibattimento (art. 491)⁶⁶.

La ricostruzione ora descritta non appare convincente.

In realtà, con la novella del 1999 il legislatore ha introdotto una regola procedurale che consente – anzitutto⁶⁷ – una migliore attuazione del meccanismo del doppio fascicolo, assicurando una più attenta cernita degli atti da inserire, e riducendo le conseguenze negative di eventuali errori.

Nell'udienza preliminare il giudice vaglia la destinazione di *ogni* atto appartenente al fascicolo investigativo, procedendo ad una sorta di *screening* dell'incartamento, ed effettua questa selezione con la massima accuratezza possibile: sia perché ha conoscenza (o comunque disponibilità) di tutti gli atti dell'indagine, sia perché è coadiuvato e controllato dalle parti, le quali possono – senza particolari limitazioni – fare segnalazioni, fornire suggerimenti, muovere rilievi. Il giudice dibattimentale interviene invece *a posteriori*, sul fascicolo già formato *soltanto* sulla base di apposite *quaestiones* sollevate dalle parti. Queste possono discutere nei tempi stretti e nei modi semplificati previsti dall'art. 491⁶⁸, e il giudice deve decidere avendo sotto gli occhi solo l'atto controverso (e quelli già inclusi), senza conoscenza dell'incartamento investigativo⁶⁹. Ma, soprattutto, l'organo dibattimentale chiamato a ri-

⁶⁶ Sulla scorta di tale rilievo la giurisprudenza nega che il rifiuto di fissare l'udienza sia qualificabile come abnorme o comporti nullità del decreto che dispone il giudizio: Cass., Sez. IV, 5 aprile 2004, Querci, in *C.E.D. Cass.*, n. 228703; Cass., Sez. V, 18 marzo 2015, n. 32406, Li Vigni, *ivi*, n. 265293; conforme, in relazione al rito immediato Cass., Sez. III, 2 dicembre 2004, Calliku, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, p. 18.

⁶⁷ È vero che l'innovazione consente di anticipare i contenziosi dibattimentali sulla fascicolazione, e che la complessiva rivisitazione della disciplina del fascicolo processuale da parte del legislatore del 1999 era nel segno della semplificazione (ulteriori benefici in termini di razionalizzazione vengono dalla possibilità di concordare acquisizioni di atti già in udienza preliminare: questi patti sono in grado di semplificare le richieste di prova, poiché solitamente le acquisizioni cartolari surrogano la corrispondente prova orale). Ma, per quanto concerne specificamente l'introduzione della formazione partecipata del fascicolo, contrariamente a quanto afferma la giurisprudenza citata, l'effetto di semplificazione, appare decisamente secondario – se guardiamo al sistema – rispetto alla valorizzazione del contraddittorio processuale.

⁶⁸ Non è condivisibile il rilievo di Cass., Sez. I, 5 novembre 2003, n. 1293, Marsili, in *Riv. pen.*, 2005, p. 1400, secondo cui le facoltà difensive attivabili in sede di confezionamento del fascicolo «possono essere esercitate *con altrettanta pienezza e con analoga dialettica processuale* (corsivo nostro) in ordine al medesimo oggetto anche in una fase successiva, ossia quella concernente le questioni predibattimentali».

⁶⁹ «Altro è conoscere tutti gli atti di indagine, al fine di selezionarli nella formazione del fascicolo, altro è dirimere le questioni prospettate dalle parti in merito alla

solvere un problema relativo alla composizione del fascicolo si trova a prendere conoscenza, in qualche misura, dell'atto controverso, anche di quello che avrebbe dovuto restargli ignoto, cosicché l'errore di collazione commesso dal g.u.p. è solo parzialmente rimediabile⁷⁰.

Va rilevato poi che, tra le modalità di fascicolazione previste originariamente dal codice e quelle introdotte nel 1999 la differenza non è solo nella collaborazione delle parti (assente *illo tempore*) ma nel coinvolgimento diretto del giudice, che nel vecchio regime si limitava a dettare generiche «prescrizioni» alla cancelleria.

La formazione del fascicolo fuori dall'udienza è dunque ben più che una attività compiuta *senza le parti*: possiamo dire che è una fascicolazione effettuata senza il giudice, *de facto* affidata totalmente al cancelliere (e in situazioni di superlavoro, allo stagista, al tirocinante, o comunque a personale avventizio e meno esperto). È un'attività priva pure di quella giurisdizionalità che, sebbene al livello minimo della 'direzione' delle operazioni di collazione, veniva richiesta già nel regime originario della formazione del fascicolo.

Alla luce di tali rilievi, dovrebbe essere chiaro che la *ratio* della riscrittura del primo comma dell'art. 431 va ben oltre la semplificazione processuale, attingendo alla miglior attuazione della fondamentale regola della *non conoscibilità* degli atti delle indagini, e che tale *ratio* non risulta affatto ridimensionata dalla mantenuta possibilità di sollevare questioni *in limine litis*: il legislatore attribuisce alle parti «due distinte facoltà, esercitabili autonomamente, e non in modo alternativo o sussidiario»⁷¹. Si può anzi affermare che è piuttosto la piena giurisdizionalizzazione della formazione del fascicolo a ridimensionare il valore del controllo successivo, che oggi serve principalmente da 'appello' rispetto alle valutazioni del giudice dell'udienza preliminare⁷².

Non convince perciò la massima giurisprudenziale secondo la qua-

qualificazione giuridica di singoli atti precisamente individuati, che implica una cognizione rigorosamente limitata all'esame delle questioni proposte» (Trib. Milano, Sez. III, 12 febbraio 2001, Giud. Cernusco, in *Foro ambr.*, 2001, p. 207).

⁷⁰ Trib. Milano, Sez. III, ord. 12 febbraio 2001, cit., ritiene causa di nullità «la formazione del fascicolo del dibattimento *ex officio* e ad opera della cancelleria, posto che l'art. 431 [...] prevede espressamente che tale attività sia riservata al giudice che ha pronunciato il rinvio a giudizio»; conforme Trib. Milano, 16 marzo 2001, in *Foro ambr.*, 2001, p. 509, secondo cui «la formazione del fascicolo per il dibattimento, dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, al di fuori del contraddittorio delle parti [...] costituisce nullità ai sensi dell'art. 178 lett. c) per inosservanza di disposizioni concernenti l'assistenza dell'imputato».

⁷¹ C. BORTOLIN, *La fissazione di un'apposita udienza*, cit., p. 3266.

⁷² A. BARAZZETTA, *Gli snodi processuali*, cit., p. 560. Anche se non è possibile – stando alle norme – limitare la possibilità di porre questioni preliminari dinanzi al giudice di-

le alle trasgressioni in parola non sono ricollegabili nullità generali (segnatamente, per violazione del diritto dell'imputato all'assistenza, e del p.m. alla partecipazione al procedimento), poiché, essendo ancora attivabili *in limine litis* le facoltà partecipative non riconosciute nell'udienza preliminare, mancherebbe la lesione ai diritti tutelati dalla sanzione⁷³. Si tratta di un assunto da riconsiderare: *a*) confonde un presunto cumulo di garanzie partecipative con una superfetazione; *b*) postula l'ammissibilità di prassi abrogative; *c*) soprattutto, trascura che il ruolo delle parti nel funzionamento del congegno della doppia fascicolazione è diverso nei due contesti, e in dibattimento si esplica con modalità più gravose e minor efficacia, poiché un danno irreversibile (alludiamo al condizionamento psicologico derivante dalla conoscenza dell'atto spurio) potrebbe essere già consumato.

Cosicché, contrariamente a quanto afferma la giurisprudenza di legittimità, le clausole generali di nullità si direbbero applicabili ai casi in discorso: l'art. 431, nella parte in cui prevede il contraddittorio tra le parti, è annoverabile tra le «disposizioni concernenti [...] l'assistenza dell'imputato», o «la partecipazione del pubblico ministero al procedimento». Poco importa che le formalità in parola siano funzionali ad una regola istruttoria, riguardante la delimitazione dei materiali conoscibili dal giudice: se questa *ratio* si realizza anche attraverso la partecipazione dialettica di accusa e difesa, che la norma vuole coadiutori del giudice, la disposizione *de qua* concerne l'assistenza dell'imputato e la partecipazione del p.m. al procedimento⁷⁴.

Viene semmai da notare come l'applicazione del regime delle nullità generali a queste trasgressioni risulti problematico, sia in relazione all'individuazione dell'atto nullo, sia quanto all'applicazione del regime di trattamento.

battimentale alla previa discussione del problema in udienza preliminare (critico sul punto G. GARUTI, *La formazione del fascicolo*, cit., p. 537).

⁷³ L'assunto – interpretato nel modo coerente al principio di legalità che governa il nostro sistema di nullità (cioè riferito alla astratta lesività della violazione e non al pregiudizio prodotto in concreto) – suonerebbe così: le norme che prevedono la collazione partecipata non sono annoverabili tra le disposizioni « concernenti la partecipazione del p.m. al procedimento e l'assistenza dell'imputato, la cui «osservanza» è «sempre prescritta a pena di nullità» dall'art. 178.

⁷⁴ F.M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie*, cit., p. 34, prospetta una nullità per inosservanza delle disposizioni concernenti l'intervento dell'imputato e delle altre parti private, assoluta ed insanabile per quanto riguarda il primo (trattandosi di un atto a presenza necessaria del difensore), di tipo intermedio per le altre parti private, e – dal punto di vista del p.m. – per inosservanza di disposizioni concernenti la sua partecipazione al procedimento (art. 178 comma 1 lett. *b*) seconda parte: nullità intermedia anche in questo caso).

In relazione al primo profilo, è difficile individuare l'atto al quale riferire la sanzione derivante dalla formazione *sine partibus* del fascicolo ufficiale: non pare possibile predicare una nullità del decreto che dispone a giudizio, poiché quest'ultimo atto è già legittimamente compiuto nel momento in cui si verifica la violazione, mentre nel nostro codice la nullità non si trasmette ad atti processuali anteriori pur collegati a quello viziato, ma solo a quelli successivi⁷⁵. Meno arduo, anche se pur sempre opinabile, pare riferire la nullità al 'fascicolo' irriqualmente confezionato⁷⁶.

Quanto al secondo profilo di problematicità, si deve rilevare come la disciplina di trattamento delle nullità di tipo intermedio appare, nel nostro caso, non del tutto congrua rispetto alle esigenze di tutela. Com'è noto, le nullità di questo tipo, se consumate anteriormente all'avvio del giudizio di primo grado, sono deducibili dalle parti interessate fino alla deliberazione della sentenza, ed entro lo stesso termine vanno in ogni caso rilevate dal giudice⁷⁷. In presenza di un fascicolo confezionato senza parti, un'eccezione di nullità in dibattimento, con regressione del processo alla fase dell'udienza preliminare, sarebbe pertanto normativamente consentita in ogni momento, anche alle ultime battute.

E tuttavia una simile tempistica – e la conseguente irrimediabile perdita di tutto il lavoro dibattimentale, magari lungo e complesso, che è già stato svolto – risulterebbe sproporzionata e incoerente, con-

⁷⁵ Cfr. G. CONSO, *Il concetto*, cit., p. 78, secondo il quale un fatto successivo non può influire sulla perfezione di un fatto anteriore, ma solo sulla sua efficacia (ove quest'ultimo non sia di per sé produttivo di effetti, ma solo idoneo a produrli). Che la propagazione del vizio a ritroso sia estranea al sistema vigente è comprovato dall'assenza di una previsione analoga a quella contenuta nell'art. 189 c.p.p. 1930 (e nel progetto del 1978) che prevedeva la possibilità che, a seguito di una apposita valutazione del giudice, il vizio inficiasse atti contestuali o anteriori 'connessi' a quello nullo.

Suggestiva ma azzardata la proposta di considerare *vocatio in iudicium* e formazione del fascicolo come momenti di un'unica fattispecie a formazione progressiva (S. CERVETTO, *Il vizio conseguente*, cit., p. 1999; F.M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie*, cit., p. 36), secondo uno schema simile a quello che nel vecchio codice (art. 189 comma 2 c.p.p. 1930) caratterizzava l'incidenza sulla validità della citazione della nullità (successiva) della sua notifica.

⁷⁶ Lo ipotizza T. PROCACCIANTI, *La formazione del fascicolo*, cit., p. 348, aggiungendo che, in questo caso, alla 'rinnovazione' dell'atto non potrebbe procedere «il giudice che dichiara il vizio», come vorrebbe l'art. 182.

⁷⁷ Del resto la corretta formazione del fascicolo, anche prima della sua definitiva cristallizzazione con l'apertura del dibattimento, rileva a diversi fini, influenzando le decisioni in ordine al compimento di 'atti urgenti' (art. 467) o al proscioglimento anticipato ex art. 499 (T. PROCACCIANTI, *La formazione del fascicolo*, cit., p. 346).

siderando che il codice prevede *negli atti preliminari* un momento di riflessione sulla corretta fascicolazione degli atti.

Il sistema consente però di evitare esiti incongrui. Praticamente, sono immaginabili due situazioni processuali diverse nelle quali l'attivazione della tutela sanzionatoria apparirebbe ingiustificata.

Prima ipotesi. Può accadere che *in limine litis* nessuno abbia contestato la composizione dell'incartamento, lamentando omissioni o erronee inclusioni, o che, in ogni caso, la parte che dedurrà poi la nullità per violazione dell'art. 431 comma 1 non abbia mosso alcun rilievo.

Seconda ipotesi. Può accadere che, al contrario, la parte che eccede *in extremis* la nullità abbia a suo tempo sollevato questioni sull'avvenuta o omessa inclusione di atti, magari ottenendo dal giudice l'espunzione degli atti asseritamente spuri o l'inclusione di quelli illegittimamente pretermessi.

In entrambi i casi, un'interpretazione giudiziosa delle norme è in grado di escludere il rischio che un dibattimento già avviato, e magari giunto alle battute finali, possa regredire per l'irrituale collazione del *dossier*. È possibile infatti ravvisare nel silenzio delle parti in sede di questioni preliminari una *accettazione*, sanante (art. 183 lett. a)), degli 'effetti' dell'atto nullo, qui ipoteticamente costituito dal fascicolo irriaturalmente formato. Dalla mancata formulazione di questioni sulla consistenza del *dossier* nel termine che l'art. 491 fissa per l'apposita sottofase a ciò dedicata, può dedursi un atteggiamento acquiescente delle parti rispetto all'estromissione dalle operazioni di confezionamento⁷⁸.

Si noti: non si pretende di dedurre dalla *mera inerzia* quella che deve essere una scelta negoziale (atto di volontà) ancorché implicita; si vuol dire piuttosto che la circostanza che le parti interessate omettano di dedurre – in un momento dibattimentale appositamente dedicato al controllo della fascicolazione (sebbene dal punto di vista dei *risultati*) – una violazione relativa al *modo* in cui tale attività è stata espletata, può ben essere considerata una *omissione significativa* dell'adesione

⁷⁸ Non così se si accede alla ricostruzione secondo cui, in relazione alla posizione della difesa, l'omessa partecipazione generi nullità assoluta, poiché la fascicolazione è attività da compiersi nell'udienza preliminare, fase processuale a presenza necessaria del difensore (art. 179 comma 1): in tal senso F.M. GRIFANTINI, *Attività preparatorie*, cit., p. 38; S. CERVETTO, *Il vizio conseguente*, cit., p. 1990; in giurisprudenza, Trib. Milano, Sez. III, 12 febbraio 2001, cit., p. 207. La ricostruzione però non convince: la 'assenza del difensore' di cui parla l'art. 179 comma 1, presuppone che sia stato compiuto un atto processuale nel quale sia stato assente il patrono: nel nostro caso la collazione del fascicolo è avvenuta fuori dal processo, ad opera della cancelleria.

non solo alla selezione effettuata, ma anche alle modalità con cui essa si è svolta.

Se applichiamo, come pare possibile, lo schema della sanatoria di cui all'art. 183 lett. a) all'ipotesi della fascicolazione effettuata senza le parti, gli «effetti dell'atto» che – accettati – determinano la convalescenza (cioè lo stato di fatto al quale la parte aderisce) consistono nella conoscenza e disponibilità di tutti i contenuti dell'incartamento ufficiale da parte del giudice del dibattimento.

Un'acquiescenza alla nullità è ravvisabile anche nella seconda ipotesi poc'anzi prospettata: quella della parte che – in coda al dibattimento – eccepisce nullità per omesso coinvolgimento nella formazione del fascicolo, ma che in sede di questioni preliminari ha tenuto un comportamento tutt'altro che passivo, denunciando errori che a suo dire sono stati compiuti nel confezionamento⁷⁹. Anche qui è ravvisabile un comportamento acquiescente: nella parte che chieda al giudice dibattimentale di *correggere* errori di selezione, senza però segnalare anche l'illegittima modalità della collazione, e perciò senza rivendicare la possibilità di *prevenire* quegli errori (come avrebbe potuto fare se fosse stata posta in grado di interloquire nell'udienza preliminare)⁸⁰.

Insomma, nell'una e nell'altra ipotesi, non dovrebbe mai verificarsi che la tardiva deduzione della trasgressione conduca a ripetizioni inutilmente dannose di lavoro dibattimentale. Verosimilmente, le parti dovrebbero denunciare la violazione *prima* della chiusura dell'udienza preliminare, per non perdere la legittimazione a dedurre la nullità (art. 182 comma 2). Ove l'eccezione venga rigettata, l'interessato dovrà riformularla al giudice dibattimentale *appena possibile*, prima che quest'ultimo possa essere condizionato dalla conoscenza del *dossier*. Dichiarata la nullità, il giudice del dibattimento restituirà gli atti al g.u.p. affinché proceda a formare il fascicolo come la legge prescri-

⁷⁹ Non si tratta di postulare un 'avvalersi' «della facoltà al cui esercizio l'atto omesso o nullo è preordinato», ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 183 lett. b): la 'facoltà' alla quale è 'preordinata' la fascicolazione in contraddittorio è quella di ottenere non già l'intervento correttivo da parte del giudice dibattimentale, ma l'intervento 'preventivo' del g.u.p., che tengano *ab origine* fuori dall'incartamento gli atti dei quali il primo non dovrebbe neppure prendere conoscenza.

⁸⁰ Potrebbe porsi un dubbio: che il comportamento della parte che non deduce la nullità per l'omesso *coinvolgimento* nella collazione, ma denunci errori nella *selezione* degli atti non integri la *ratio* tipica della sanatoria per acquiescenza, che consiste nella inoffensività del vizio in concreto, attestata dalla parte interessata a farlo valere. Ma a ben vedere la *ratio* dell'acquiescenza sussiste anche qui, poiché l'omessa deduzione della nullità 'dimostra' che la parte non si ritiene danneggiata per non aver avuto la possibilità di prevenire l'errore, rivolgendo i rilievi già al g.u.p.

ve⁸¹. Lo stesso ove del difetto si avveda autonomamente il giudice, che è comunque tenuto a rilevare anche *ex officio* ogni nullità di tipo intermedio⁸².

Una nullità è generata anche dalla violazione del diritto al rinvio dell'udienza, pur trattandosi di trasgressione meno 'grave' dell'altra: in questo caso non manca il coinvolgimento del giudice, né difetta il contraddittorio, ma quest'ultimo viene solo compresso. Eppure non può dirsi – neppure in questo caso – che la parte non perda nulla in conseguenza della violazione.

Si immagini che, data la complessità del procedimento o della delicatezza delle valutazioni strategiche richieste alla difesa, una parte chieda la dilazione, e il giudice la neghi, procedendo senz'altra attesa alla fascicolazione. Siccome la *ratio* principale del 'diritto al rinvio' è costituita dalla necessità di uno spazio di riflessione sulla convenienza di accordi da proporre alla controparte o già proposti *ex adverso*, si potrebbe dire il diniego non privi le parti della possibilità di determinarsi ponderatamente su tali pattuizioni: ognuno avrà comunque tempo per riflettere, essendo gli accordi sono possibili fino alle richieste di prova. Nulla però esclude che la dilazione sia richiesta per un più accurato studio degli atti, alla luce della decisione, ormai assunta, di rinviare l'imputato a giudizio. In un caso simile, il rinvio può esser chiesto, a prescindere dalla prospettiva di accordi acquisitivi, solo per meglio coadiuvare il giudice in una collazione particolarmente complica-

⁸¹ Basta che la eccepisca uno dei contraddittori: quando gli interessati a far valere la nullità siano più d'uno, il comportamento adesivo deve riguardare tutti, e se anche uno soltanto non aderisce la nullità resta in vita (M. PANZAVOLTA, voce *Nullità degli atti*, cit., p. 13). Trib. Milano, 16 marzo 2001, in *Foro ambr.*, 2001, p. 509, afferma che «l'eccezione di nullità è tempestiva se rilevata in sede di questioni preliminari». L'assunto va precisato: le uniche nullità soggette alla preclusione di cui all'art. 491 sono quelle relative, mentre qui si tratta di nullità intermedia; né pare corretto, trattandosi di norme di stretta interpretazione, riferire l'effetto preclusivo che nel secondo comma è sancito per le «questioni concernenti il contenuto del fascicolo» a problemi riguardanti il *modo* in cui quel fascicolo è stato confezionato. In realtà, non si tratta di una preclusione legata al decorso di termini e al necessario progredire della sequenza processuale (cd. 'sanatoria passiva') ma di una sanatoria in senso proprio, giustificata dall'inoffensività in concreto del vizio, dimostrata dall'adesione della parte allo stato di fatto conseguente all'atto nullo (sulla differenza tra le preclusioni, giustificate da una *ratio* economica e sanatorie, vedi da ultimo A. CAPONE, *L'invalidità*, cit., p. 256 ss.).

⁸² Anche se non dispone del verbale dell'udienza preliminare, potrebbe avvedersene dalle attestazioni dell'elenco dei contenuti del fascicolo, allegato al decreto che dispone il giudizio.

ta, in ragione del rilevante numero o della qualità degli atti compiuti durante le indagini.

E in ogni caso, anche collegando l'istanza di rinvio a trattative preparatorie di accordi, la tempistica può non essere irrilevante, e dunque importante la pausa di riflessione, dato che un'eventuale allegazione pattizia potrebbe influenzare la preparazione della difesa in vista del giudizio, specie nella scelta delle prove da richiedere.

A questo proposito, va piuttosto rimarcato come quel diritto potestativo al rinvio, senza alcun filtro giudiziale, è stato introdotto incautamente, perché si presta a facili strumentalizzazioni finalizzate all'allungamento dei tempi processuali. Perciò il rinvio automatico, che può essere richiesto a fini meramente dilatori, fa finanche dubitare sulla compatibilità della nuova disciplina col principio secondo cui il legislatore deve farsi carico di regolamentare il processo in modo da assicurarne una durata ragionevole⁸³.

Insomma, la prassi disapplicativa dei giudici di merito svislisce l'importanza della corretta fascicolazione degli atti, ed attenua i benefici in vista dei quali l'operazione è affidata al giudice dell'udienza preliminare anziché all'organo dibattimentale. E la giurisprudenza di legittimità non mostra, a sua volta, una particolare sensibilità.

7. LE QUESTIONI PRELIMINARI SUL CONTENUTO DEL FASCICOLO

La sorveglianza delle parti sulla corretta fascicolazione, e dunque sull'effettiva separazione tra le fasi del procedimento, non si esaurisce in udienza preliminare: ai contraddittori è offerta anche la possibilità di sollecitare al giudice del dibattimento la verifica della sua correttezza.

Prima dell'apertura del dibattimento, e subito dopo compiuto per la prima volta l'accertamento della costituzione delle parti, la legge fissa infatti un momento di controllo sulla corretta formazione del fasci-

⁸³ Cfr. H. BELLUTA, *Nuovi poteri istruttori*, cit., p. 70. Secondo C. BORTOLIN, *La fissazione di un'apposita udienza*, cit., p. 3266, l'intera disciplina sarebbe risultata più lineare e sistematicamente coerente se il legislatore avesse coordinato l'introduzione del contraddittorio nella formazione del fascicolo con una modifica dell'art. 491, volta ad eliminare dalle questioni preliminari il controllo differito sul contenuto del fascicolo. Venuta meno la possibilità di sollevare i problemi di fascicolazione negli atti introduttivi al dibattimento, non si sarebbe potuto disconoscere un pregiudizio per le facoltà difensive nella mancata fissazione dell'udienza richiesta da una delle parti. Tuttavia, sulla opportunità di conservare il controllo dibattimentale sulla corretta formazione del fascicolo, v. *infra*, § 10.

colo, all'interno delle 'questioni preliminari' (art. 491)⁸⁴. Si tratta di una sottofase dedicata alla trattazione di problemi la cui soluzione, incidendo sui modi, sui tempi o sui limiti del giudizio, non può essere rinviata alla decisione finale, ma che vanno posti e discussi subito, possibilmente tutti insieme, affinché il giudizio possa poi proseguire senza intralci. Tra queste questioni sono state annoverate anche quelle «concernenti il contenuto del fascicolo del dibattimento». Questioni solo 'relativamente' preliminari: problemi normalmente noti o comunque conoscibili alle parti già nella fase degli atti introduttivi, ma che – ove non lo siano – sono prospettabili anche dopo quella soglia temporale⁸⁵.

Nel sistema originario del codice, un controllo successivo sull'incartamento ufficiale era praticamente indispensabile, a causa della sommarietà delle forme previste per la collazione, ma esso resta cru-

⁸⁴ Per la prima volta: non contano le reiterazioni della 'prima udienza', a seguito di rinvio: Cass., Sez. I, 25 marzo 1996, Di Capua, in *C.E.D. Cass.*, n. 204418; in dottrina, A. MELCHIONDA, sub *Art. 491*, cit., p. 175; E. ANDOLINA, *Gli atti anteriori*, cit., p. 155.

⁸⁵ G. FOSCHINI, *Il dibattimento penale*, cit., p. 58. Il riconoscimento della loro tardiva manifestazione, a dibattimento aperto, implica – a differenza di quanto accade per le assolutamente preliminari – l'automatico *differimento* del termine (A. SCELLA, *Questioni preliminari*, cit., p. 612). L'ultima parte del comma («salvo che ...») ricalca l'art. 439 comma 2 c.p.p. abr., ma nella norma attuale l'effetto è descritto in termini di preclusione e non più di decadenza. Opportunamente: quell'inciso, allora come oggi, si riferisce ad ipotesi in cui, alla scadenza, non si è estinto il potere di compiere l'atto, ma le condizioni per l'esercizio del potere non sono ancora venute in essere; nessuna decadenza, dunque, e nessuna *restituzione* (che presuppone l'estinzione del potere per inerzia del titolare, e la sua reviviscenza grazie ad una pronuncia (art. 175) che accerti caso fortuito o forza maggiore (tale la disciplina delle questioni relativamente preliminari nell'art. 487 c.p.p. 1913).

Nell'ampia espressione «salvo che la possibilità di proporle sorga soltanto nel corso del dibattimento» si fanno rientrare sia il caso in cui la questione non sia stata posta prima perché la parte *ignorava* l'esistenza del presupposto (ad es., essendo questione preliminare nel rito 1930 l'ammissibilità del teste, la parentela con l'imputato) sia quelli in cui il presupposto sopravvenga (ad es., la testimonianza richiesta nel corso del dibattimento). Non è l'unica esegesi possibile: si potrebbe leggere l'espressione nel senso di una impossibilità *materiale*, legata alla sopravvenienza del presupposto, e che non ricorre ove si venga a tardivamente a conoscenza di un presupposto preesistente. In ogni caso, oggi il differimento dovrebbe avvenire per lo più in ipotesi del primo tipo, essendo le altre difficilmente configurabili sia per i problemi di riunione o separazione, sia per quelli di fascicolazione. Dobbiamo ipotizzare che emerga solo dall'istruzione la ripetibilità di un atto che era stato inserito: una testimonianza dalla quale emerga che il luogo sottoposto ad ispezione non ha in realtà subito alcuna immutazione nel tempo, o che l'accertamento tecnico non è stato davvero distruttivo del campione esaminato (P. FERRUA, *La formazione delle prove*, cit., p. 103; C. CASTELLANI, sub *Art. 148 disp. att.*, cit., p. 575).

ciale anche oggi, nonostante la migliore procedimentalizzazione: data la centralità del meccanismo del doppio fascicolo, è estremamente importante ridurre al minimo il rischio di errori di collazione e potenziare al massimo i rimedi.

Attraverso la proposizione della *quaestio* le parti possono ottenere la *repressione* di tutte le eventuali violazioni al disposto di cui all'art. 431, anche di quelle che non sono riuscite a *prevenire* intervenendo all'udienza preliminare. Quando il giudice dibattimentale riscontri che un atto è stato erroneamente tralasciato, a causa di un'erronea valutazione o di una mera svista⁸⁶, ne dispone l'allegazione agli atti del giudizio; ove invece ravvisi la 'fisiologica' inutilizzabilità di un atto inserito dal giudice dell'udienza preliminare – ossia la sua estraneità alle tipologie elencate – ne dispone la materiale eliminazione, restituendolo al p.m. (artt. 491 comma 4 e 148 disp. att.)⁸⁷.

La capacità di controllo è esaltata dall'accessibilità del fascicolo riconosciuta a parti e difensori durante il termine per comparire (art. 466). L'utilità di questo diritto di accesso non è venuta meno con la previsione della fascicolazione *coram partibus*: a parte il fatto che quest'ultima non ha sempre luogo (si pensi ai procedimenti con citazione diretta o ai riti speciali) lo studio delle carte consente alle parti di preannunciare (con memorie *ex art.* 121) la proposizione di questioni preliminari.

La scelta di collocare tra le questioni preliminari le verifiche sulla corretta fascicolazione degli atti è stata oggetto di critiche che, però, appaiono tutto sommato ingiuste. Una iniziale messa a punto dell'incartamento processuale, che consenta l'eliminazione degli atti inseriti erroneamente e l'allegazione di quelli illegittimamente trascurati, è utile per diversi motivi⁸⁸.

⁸⁶ In limine litis, le imperfezioni per difetto sarebbero spesso irrimediabili senza un'iniziativa di parte: il giudice potrebbe arguire la mancanza in relazione alla querela o al *corpus delicti* (ad esempio dagli atti inclusi nel fascicolo; cfr. F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 839), ma ben più difficilmente potrebbe accadere lo stesso per semplici atti d'indagine (irripetibili) che siano stati erroneamente trascurati: dell'esistenza di simili materiali investigativi il giudice normalmente è in grado di sapere solo attraverso le risultanze dell'istruttoria o, appunto, grazie ad un'apposita *quaestio* (S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 212).

⁸⁷ In dottrina si è detto che l'espulsione è definitiva, nel senso che l'atto «non potrà essere recuperato attraverso nuove richieste di letture» (D. SIRACUSANO, *Il giudizio*, in D. SIRACUSANO - A. GALATI - G. TRANCHINA - E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., p. 344).

⁸⁸ Sono materia di «incidente dibattimentale» tutte le questioni da decidere «con anticipazione rispetto alla decisione finale»; per alcune questioni l'*optimum* è che l'in-

In primo luogo, favorisce l'*ordo processus*, ossia l'interesse all'ordinato e progressivo svolgimento del giudizio. Ad esempio, si riduce il rischio che durante le escussioni orali sorgano questioni sulle modalità di assunzione di prove desumibili da atti presenti nel fascicolo dibattimentale; e, ancora, si evita che durante la fase delle letture possa darsi lettura di atti che non avrebbero titolo ad appartenere al fascicolo (e dunque non leggibili). Risolvendo subito, e tutti insieme, i problemi riguardanti la consistenza iniziale del fascicolo ufficiale, escussioni orali e letture possono iniziare e proseguire senza intoppi⁸⁹.

In secondo luogo, in relazione all'ipotesi di *erronea allegazione* (di un atto che non sia effettivamente 'irripetibile', ad esempio) la tempestività giova alla tutela della verginità conoscitiva del giudice, scopo tecnico del meccanismo del doppio fascicolo: l'espulsione va disposta il prima possibile, affinché il giudice non sia contaminato dalla conoscenza che può derivargli dall'avere la materiale disponibilità di quel protocollo durante lo svolgimento dell'istruzione. Il meccanismo di cui all'art. 491 commi 2 e 4 serve dunque anche a preservare la *virgin mind* rispetto ai trascorsi predibattimentali, a tutela dell'oralità e del contraddittorio nella formazione della prova. In secondo luogo, una verifica precoce della corretta fascicolazione è opportuna anche per evitare che l'omessa allegazione di un atto, non rimediata tempestivamente, impoverisca l'indagine dibattimentale: gli atti di cui all'art. 431 costituiscono spesso l'ossatura del processo, e la fisiologica base di partenza dell'indagine dibattimentale, sia per l'opera delle parti che per gli interventi *in facto* del giudice⁹⁰.

Si intende che il danno derivante dall'errore di fascicolazione può essere riparato 'integralmente' solo fino a quando il giudice non abbia preso conoscenza dei *contenuti* del verbale investigativo, e che il ri-

cidente venga trattato (in una «fase degli incidenti») in via preliminare, «così da risultare sgombrato l'ulteriore svolgimento del dibattimento da ogni ostacolo o complicazione» (G. FOSCHINI, *Il dibattimento penale*, cit., p. 57 ss.).

⁸⁹ M. D'ANDRIA, sub *Art. 491*, cit., p. 122. Per evitare che le parti possano ritardare indebitamente l'avvio del giudizio, le questioni di cui al comma 1 (ma anche quelle di cui al comma 2, salvo 'sopravvenienze') vanno proposte da ciascuna parte tutte insieme, nel senso che possono essere sollevate finché il giudice non abbia deciso sulle questioni preliminari e la proposizione ad opera di una parte può essere frazionata, anche in più udienze successive, solo se altre parti hanno tenuto in vita questo momento processuale (L. GRILLI, *Il dibattimento penale*, cit., p. 143) e con la proposizione frazionata di questioni preliminari (la prescritta proposizione «subito dopo ...») va collegata alla decisione «immediatamente».

⁹⁰ F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 911 nota come la prospettiva di un'acquisizione tardiva ad opera del giudice, che sarebbe possibile solo alla fine dell'istruzione, sia dannosa: «può darsi che le lacune abbiano nuociuto al contraddittorio».

schio di inquinamento del giudizio aumenta quanto più a lungo il giudicante abbia la materiale disponibilità dell'atto spurio (fino all'ipotesi di massima gravità, in cui l'atto accompagni i giudici nella camera di consiglio). Perciò l'intempestività del rimedio, ossia l'espulsione nel corso del giudizio, rende assai aleatoria la protezione della *virgin mind*: il giudice – ancorché sempre tenuto a riconoscere e dichiarare la fisiologica inutilizzabilità dell'atto a fini decisori – potrebbe già averne preso conoscenza, ed esserne rimasto psicologicamente influenzato⁹¹. Potrebbe addirittura aver già 'utilizzato' l'atto in chiave probatoria, se le informazioni ivi contenute ne abbiano orientato il comportamento dibattimentale; ad esempio suggerendogli l'assunzione officiosa di una prova o un intervento di integrazione di un'escussione orale⁹².

Da quanto detto si comprende facilmente come per la piena realizzazione della *ratio* normativa, tali questioni, una volta poste, andrebbero anche decise *in limine litis* (come del resto è raccomandato nel primo comma: «immediatamente»)⁹³. In ogni caso, anche se la giurispru-

⁹¹ «Se il legislatore esige che siano ignorate certe prove, il miglior partito è escluderle fisicamente; offrire una scrittura alla percezione del giudice, con il divieto di servirsene ai fini decisori, è atteggiamento manifestamente contraddittorio. La suggestione che in tal modo si esercita per i canali dell'inconscio, non è un fatto trascurabile». E potrebbe non trattarsi di influenze patite in modo inconsapevole: «è possibile addirittura che la risultanza proibita sia usata consapevolmente, dietro lo schermo d'una motivazione formalmente ineccepibile ma insincera, che dissimula le origini intuitive della decisione»: F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., p. 180.

⁹² Cfr. C. cost., ord. 3 luglio 1998, n. 248, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2020. Una volta che l'atto sia penetrato e restato nel *dossier*, «il giudice può usarlo nel corso del dibattimento per porre temi di prova e per rivolgere domande ai testimoni e alle parti ai sensi dell'art. 506» (D. SIRACUSANO - F. SIRACUSANO, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, cit., 2013, p. 635). In casi simili, ovviamente, l'irritualità dell'allegazione non inficerebbe la validità dell'attività istruttoria che sia stata suggerita dalle informazioni tratte dal verbale investigativo (cfr. Cass., Sez. I, 1 ottobre 1996, n. 10162, Di Tommasi, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1222, con nota di M. SCARABELLO: «la presenza di atti nel fascicolo del dibattimento ha funzione strumentale in direzione della formazione della prova e non si attegga ad una sorta di acquisizione: ove tale presenza si riveli irrituale, ma di essi nessuna utilizzazione faccia il giudice, nessuna sanzione processuale può derivarne; si verte unicamente in ipotesi di irregolarità che non ha rilievo sulla correttezza sostanziale e processuale del giudizio»).

⁹³ Del resto, l'immediatezza della decisione è prescritta in generale per qualsiasi questione incidentale dall'art. 478. Per le questioni proponibili «nel corso del dibattimento» si sostiene che non vigano vincoli di immediatezza, né per la prospettazione né per la decisione (A. MELCHIONDA, sub *Art. 491*, in *Commento*, cit., p. 177), ma non si direbbe. Quanto alla prospettazione, in mancanza di formule prescrittive ('subito dopo' o simili) il termine va «rinvenuto nell'etica e nella logica del sistema»: l'inizio della discussione, secondo l'A. Quanto allo scioglimento, però, resta necessaria una decisione immediata, anche se il ritardo non è sanzionato. Vigente il codice Rocco, la possi-

denza esclude che l'indebito ritardo nello scioglimento della questione possa trovare una qualche sanzione processuale, esso non dovrebbe mai essere rinviato alla sentenza, nel qual caso la *ratio* dell'art. 491, più che svilta, risulterebbe completamente capovolta⁹⁴.

7.1. *Errato inserimento*

Sebbene alla luce di quanto osservato sembra facile convenire sull'astratta opportunità che in dibattimento si proceda ad una valutazione 'preliminare' della corretta fascicolazione degli atti d'indagine, occorre riconoscere che la disciplina dettata in materia dal nostro legislatore processuale non è lineare, ed oggetto di discordanti interpretazioni.

Nella giurisprudenza di legittimità prevale un'interpretazione che, valorizzando il dato testuale dell'art. 491 comma 2, ricostruisce un regime processuale che può essere così compendiato: «qualora, senza tempestiva opposizione delle parti, venga inserito nel fascicolo per il dibattimento un atto che non dovrebbe esservi inserito, esso diviene pienamente utilizzabile ai fini della decisione salvo che si tratti di atto

bilità di trattazione (e implicitamente di decisione) *differita* degli incidenti preliminari relativi era espressamente consentita, ove la decisione immediata fosse nociva per la speditezza del dibattimento; si riteneva consentito decidere in sentenza, finanche implicitamente (G. LEONE, *Manuale di diritto*, cit., 1983, p. 507). La regola della differibilità delle questioni tardivamente emerse (non anche il loro 'assorbimento' nella decisione) aveva una sua ragionevolezza: la concentrazione delle questioni serve a non intralciare il dibattimento, ma ove questo sia già *in itinere* l'esigenza di immediatezza recede rispetto al «notevole ritardo» (art. 439 comma 2 c.p.p. abr.) che provocherebbe dalla decisione *hic et inde*. Oggi però, anche per evitare lassismi, le norme esigono la decisione *immediata* di qualsiasi questione incidentale; né autorizza a ritenere diversamente l'art. 527, che menziona questioni «non ancora risolte», riferibile in realtà a quelle poste *in extremis* (l'art. 473 c.p.p. abr. parlava di questioni «la cui decisione sia stata differita»).

⁹⁴ La giurisprudenza da un lato afferma che, posta la questione, il giudice che non emetta immediatamente ordinanza rimane in ogni caso tenuto a decidere, finanche con la sentenza (Cass., Sez. V, 20 gennaio 2003, n. 2355, Xy, in *Guida dir.*, 2003, f. 14, p. 91), dall'altro precisa che non è abnorme la soluzione della *quaestio* in sentenza: l'art. 527 contempla la possibilità che in sede di deliberazione trovino soluzione «le questioni preliminari non ancora risolte», e l'imputato non perderebbe nulla: il mancato scioglimento della questione in sede preliminare potrebbe al più comportare la dichiarazione di utilizzabilità (art. 511) dell'atto erroneamente inserito e non estromesso, e in ogni caso le ordinanze sono impugnabili (art. 586) soltanto unitamente alla sentenza (Cass., 25 giugno 1993, Esposito, in *Cass. pen.*, 1994, p. 3030; Cass., Sez. V, 12 marzo 2001, n. 28607, Foscale, *ivi*, 2002, p. 303). Tutto vero, tranne che l'imputato 'non perda nulla'.

non utilizzabile *ex art. 191* poiché acquisito secondo un procedimento *contra legem*»⁹⁵.

In altre parole, la violazione rappresentata dall'allegazione di un atto di indagine al fascicolo processuale in spregio all'art. 431 (di un atto non-irripetibile, ad esempio) incontrerebbe un trattamento sanzionatorio singolare rispetto alla reazione prevista di fronte all'inutilizzabilità probatoria (rilevabile non solo d'ufficio ma anche in ogni stato e grado). La cosiddetta 'inutilizzabilità fisiologica' sarebbe infatti deducibile solo fino alla soglia del dibattimento; spirato il termine, in mancanza di un'eccezione di parte – o di un intervento officioso, aggiungiamo, anche se la giurisprudenza non considera l'eventualità – «resta fermo l'inserimento nel fascicolo e l'atto è valutabile ed utilizzabile *ex artt. 511 e 526*»⁹⁶.

Le prove desumibili da atti erroneamente inseriti nel fascicolo per il dibattimento e dei quali non sia stata richiesta dalle parti né disposta *ex officio* dal giudice l'eliminazione negli atti introduttivi, sarebbero cioè «legittimamente acquisite nel dibattimento».

Assai diversa è la ricostruzione elaborata dalla dottrina fin dall'esordio del codice, condivisa da tutti gli studiosi pur con diversità di sfumature. Questa la massima nella versione della teoria che ha registrato un qualche seguito giurisprudenziale: «la formazione del fascicolo per il dibattimento ha lo scopo di consentire la selezione degli atti e dei documenti che saranno conoscibili preventivamente dal giudice del dibattimento, ma non ha alcuna efficacia preclusiva nell'ambito del procedimento di ammissione della prova. Ne consegue, che le questioni concernenti il contenuto del fascicolo, cui si riferisce la preclu-

⁹⁵ Cass., Sez. IV, 8 luglio 2008, n. 33387, Kofler, in *C.E.D. Cass.*, n. 241573.

⁹⁶ Cass., Sez. IV, 12 aprile 2000, n. 5863, Pecorale, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2420: in caso di accertamenti tecnici non ripetibili disposti dal p.m., la relazione del consulente «è legittimamente inserita nel fascicolo [...] ed è onere della parte eccepire che non si tratta di un atto di tale natura, formulando la relativa eccezione nel termine di cui all'art. 491»; Cass. sez. III 5 aprile 2011, n. 24410, Bolognini, in *Guida dir.*, 2011, f. 38, p. 93, in relazione ad accertamenti tecnici compiuti dai tecnici ARPA; Cass., Sez. IV, 8 luglio 2008, n. 33387, Kofler, cit., in relazione al verbale delle dichiarazioni rese dall'imputato al G.i.p. in sede di convalida dell'arresto, inserito nel fascicolo a seguito di erronea declaratoria di contumacia dell'imputato che invece era presente; Cass., Sez. II, 11 maggio 2006, n. 23608, La Barbera, in *C.E.D. Cass.*, n. 234904, in relazione al decreto applicativo di una misura di prevenzione; Cass., Sez. V, 15 dicembre 2014 n. 15624, De Luca, *ivi*, n. 263261, in relazione ad un verbale di riconoscimento fotografico; Cass., Sez. VI, 8 marzo 2016, n. 15968 Carraro, *ivi*, n. 26699, in relazione un verbale di arresto nella parte descrittiva dei contatti telefonici intercorsi tra i congiunti di un latitante e l'imputata.

sione posta dall'art. 491, sono soltanto quelle intese a ottenere l'*esclusione* di atti o documenti che si assumono erroneamente inseriti; mentre le questioni relative all'eventuale *inclusione* di altri atti o documenti non rimangono in alcun modo precluse, al pari delle ulteriori eventuali valutazioni del giudice circa l'ammissibilità della prova desumibile sia dagli atti inseriti nel fascicolo, sia da atti che erroneamente non vi siano stati inseriti»⁹⁷.

Secondo questa esegesi, per intendere correttamente la disposizione di cui all'art. 491 comma 2 occorre tener distinti due profili, che pure sono tra loro strettamente connessi: da una parte, il profilo della corretta formazione del fascicolo ufficiale, che attiene a quella porzione del materiale d'indagine che il giudice dibattimentale può e deve conoscere e, dall'altra, il profilo dell'utilizzabilità di quel materiale come prova per la sentenza⁹⁸.

Le eccezioni che sono precluse una volta che il dibattimento sia avviato, per effetto dello sbarramento temporale posto dall'art. 491, sono quelle riguardanti la consistenza *materiale* del fascicolo, per come questo è stato composto in udienza preliminare. Si tratta di eccezioni dirette a denunciare l'erronea allegazione di un atto e che, ove fondate, condurrebbero all'immediata espulsione dello stesso.

Resta invece sempre possibile alla parte eccepire, ed al giudice rilevare d'ufficio, anche in corso di dibattimento, l'*erroneo inserimento* di un atto d'indagine, poiché la mancata posizione della questione *in limine litis* non può avere effetto sul valore giuridico di un atto che è, fisiologicamente, inutilizzabile⁹⁹.

Un simile effetto sanante sarebbe smentito dall'art. 191, che vuole rilevabile anche d'ufficio e in ogni momento qualsiasi fattispecie di inutilizzabilità di prove, e dalla previsione di chiusura dell'art. 526 («il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento»).

Non importa che l'atto penetrato nell'incartamento ufficiale sia stato compiuto del tutto legittimamente, ossia secondo le prescrizioni

⁹⁷ Così, Cass, Sez. V, 18 aprile 2000, n. 5944, Benvenuto, in *Cass. pen.*, 2003, p. 596; Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2003, Sindoni, in *C.E.D. Cass.*, n. 225667; Cass., Sez. III, 11 aprile 1995, Fucci, *ivi*, n. 202880.

⁹⁸ A. NAPPI, *Sulla necessità*, cit., p. 765.

⁹⁹ F. CORDERO, *Codice*, cit., p. 596: «resta impregiudicato tutto l'attinente alla prova: l'ammissibile rimane tale anche se figura agli atti e nessuno ha obiettato; né mutano valenza i verbali che vi fossero abusivamente immessi (ad esempio le sommarie informazioni previste dall'art. 351)»; nello stesso senso N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 41.

dettate dal codice. L'acquisizione al fascicolo di un atto non-irripetibile, o in generale non rientrante in alcuna delle tipologie ammesse a far parte di quell'incartamento¹⁰⁰ risulta *illegittima* ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 526: l'illegittimità deriva, segnatamente, dalla violazione dei precetti legali contenuti nell'art. 431, e il vizio va rilevato «in ogni stato e grado».

A superare il contrasto tra la preclusione derivante dall'esaurimento delle questioni preliminari e il regime di rilevabilità delle inutilizzabilità dettato non può essere invocata nemmeno la clausola di salvezza di cui all'art. 491 comma 2, non riferibile alle questioni proponibili da subito¹⁰¹.

Ed allora, il superamento del limite temporale senza che sia eccitata l'illegittima formazione del fascicolo impedirebbe soltanto – e si tratterebbe dell'unico *effetto preclusivo* – l'eliminazione *fisica* degli atti erroneamente inclusi, ossia allegati pur essendo estranei alle tipologie richiamate¹⁰². Superata quella soglia, nessuna parte ha più titolo a pretendere l'espunzione dell'atto spurio, il quale rimane dunque, lettera morta, all'interno dell'incartamento che segue il giudice nella camera di consiglio¹⁰³.

La cristallizzazione del contenuto originario dell'incartamento dibattimentale non avrebbe però alcun effetto sull'attitudine all'impiego decisorio degli atti ivi inseriti, la quale resterebbe in ogni caso condizionata (oltre che, ovviamente, all'assenza di vizi attinenti alla sua formazione) alla ricorrenza dei requisiti fissati dall'art. 431.

In relazione agli atti erroneamente inseriti restano perciò sempre consentite le «eccezioni proposte dalle parti in ordine all'ammissibilità delle prove» di cui all'art. 495 comma 4; la disposizione in parola sarebbe infatti riferibile anche a quella particolare attività istruttoria costituita dal «riapprendere, tramite letture, conoscenze pur formate nella fase precedente»¹⁰⁴. Quando riguardino verbali già agli atti, quelle eccezioni, pur senza comportare l'espulsione fisica dell'atto, per la loro tardività, impediscono, ove fondate, che lo stesso venga annoverato tra quelli «utilizzabili ai fini della decisione» (art. 511).

Al più tardi, in sede di indicazione degli atti utilizzabili per la de-

¹⁰⁰ E sul quale atto non siano intervenuto alcun accordo acquisitivo, si deve dire oggi.

¹⁰¹ Cfr. N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 41.

¹⁰² E senza che siano stati oggetto di accordi acquisitivi, bisognerebbe dire oggi.

¹⁰³ F. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., p. 165; P. FERRUA, *La formazione delle prove*, cit., p. 87; A. SCCELLA, voce *Questioni preliminari*, cit., p. 613; conforme, S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 250.

¹⁰⁴ M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 274.

cisione, il giudice dovrebbe in ogni caso (anche *motu proprio*), escludere da quel novero i protocolli che siano illegittimamente penetrati nelle carte del processo al momento del confezionamento del fascicolo, e non ne siano stati espunti in sede di questioni preliminari.

Diciamo subito che quest'ultima ricostruzione – basata sulla distinzione tra i profili della *formazione* del fascicolo e della *utilizzabilità* probatoria degli atti ivi inseriti – appare preferibile a quella che spesso si rinviene nella giurisprudenza di legittimità, per i motivi prima ricordati e che da tempo sono stati ben evidenziati dalla dottrina.

A questi argomenti possiamo aggiungere che una sanatoria, per decorso del termine, dell'inutilizzabilità fisiologica che caratterizza la generalità degli atti di indagine (salvo eccezioni: art. 431 comma 1), consegnerebbe al processo una prova formata in aperta violazione del canone del contraddittorio, senza che ricorra nessuna delle cause di deroga ammesse dal comma quinto dell'art. 111 Cost.

Non potrebbe ravvisarsi, nel contegno processuale di mera inerzia della difesa di per sé considerato, alcun *consenso* dell'imputato. Quel consenso, pure in una forma implicita, presupporrebbe la verificabilità di dati dai quali sia ragionevole dedurre una *scelta* di rinuncia al metodo del contraddittorio nella formazione di una certa prova; anzitutto la consapevolezza – non arguibile soltanto dalla mancata formulazione della *quaestio* – che nell'incartamento processuale si trovino atti che non avrebbero titolo a quella collocazione¹⁰⁵.

È singolare pertanto che la Corte di cassazione, quando ha avuto occasione di ribadire, *post legge* Carotti, la sua interpretazione drasti-

¹⁰⁵ Perciò, pur ammettendo che oggi gli arricchimenti concordati del fascicolo costituiscano una di quelle ipotesi di formazione della prova senza contraddittorio legittimate dal consenso dell'imputato, l'attuale negoziabilità del contenuto del fascicolo non muta i termini del problema interpretativo del quale stiamo discorrendo. Né i termini mutano se nell'accordo acquisitivo si ravvisi - come si dirà - un particolare modo di partecipazione al procedimento formativo della prova: nell'un caso e nell'altro, appare insostenibile l'equivalenza tra 'non opporsi' e 'consentire'. Nel primo caso, non potrebbe crearsi in via esegetica fattispecie probatorie prive di contraddittorio che non siano espressamente disciplinate dalla legge come esige l'art. 111 comma quinto Cost.: «non si può riconnettere rilievo probatorio ad un contegno negativo, quale la mancata opposizione, quando la legge costruisce la fattispecie acquisitiva della prova su un contegno positivo» (M.L. DI BITONTO, *Lettura di dichiarazioni del prossimo congiunto*, cit., p. 1287). Ma anche se si ritiene che l'accordo acquisitivo realizzi, seppure in maniera peculiare, il principio del contraddittorio nella formazione della prova, il consenso deve essere esplicito, perché solo un contegno espresso manifesta l'opinione che l'elaborazione dialettica della prova non sarebbe stata in grado di produrre risultati apprezzabilmente diversi, più appetibili di quelli che possono essere conseguiti impiegando a fini di prova il protocollo cartaceo.

camente letterale dell'art. 491 comma 2 – quale ‘trasformatore’ dell'atto erroneamente allegato in prova valutabile – ha ritenuto che l'attuale disponibilità del contenuto del fascicolo processuale conferisca a quell'esegesi una nuova e più forte legittimazione¹⁰⁶.

In realtà, la piena giurisdizionalizzazione e l'apertura al contraddittorio che caratterizzano la nuova procedura di fascicolazione autorizzano – soltanto – a ritenere che dovrebbe essere più raro il caso in cui giungano innanzi al giudice dibattimentale materiali estranei alle tipologie elencate dall'art. 431, a causa di erronee valutazioni circa le caratteristiche dell'atto, o di errori ‘materiali’ di fascicolazione: ogni inserimento presuppone oggi una delibazione del giudice dell'udienza preliminare ed è stato esposto alla discussione tra le parti.

Le condizioni di ammissibilità di una prova devono essere valutate dall'organo che ha la responsabilità della decisione: dovremmo insomma postulare un controllo – preliminare – a tappeto, da parte del giudice del dibattimento, su ogni allegazione effettuata nella fase precedente, a prescindere dalle questioni poste dalle parti; quale che sia l'esito, sarebbe poi naturale un provvedimento ammissivo motivato.

La disciplina dettata dall'art. 491 non va però in questo senso: il controllo della fascicolazione degli atti sembra sostanzialmente fondato sulle *questiones* poste dalle parti, in assenza delle quali, nessuna norma impone al giudice di assumere una posizione espressa sulla utilizzabilità di ognuno degli atti presenti nell'incartamento processuale.

Non pare che un officioso *screening* di tutti gli atti trasmessi al giudice dibattimentale sia imposto dal comma 4 («il giudice provvede in merito agli atti che devono essere acquisiti al fascicolo per il dibattimento ovvero eliminati da esso»)¹⁰⁷, che sembra piuttosto alludere ad un adempimento burocratico di ricollocazione degli atti conseguente alla soluzione di una *quaestio*.

Di certo non è escluso che il giudicante il quale *autonomamente* si avveda dell'erronea fascicolazione si attivi a rimediarvi¹⁰⁸, ma quella

¹⁰⁶ Cass., Sez. V, 15 dicembre 2014, n. 15624, De Luca, in *C.E.D. Cass.*, n. 263261; in senso conforme, Cass., Sez. VI, 8 marzo 2016, n. 15968, Carraro, *ivi*, n. 266995; S. BELTRANI, *Il dibattimento penale*, cit., p. 72 ss. e 274 ss.

¹⁰⁷ Così, invece, A. MELCHIONDA, sub *Art. 491*, cit., p. 178 e in giurisprudenza – isolatamente – Sez. I, 30 giugno 1993, Morrone, in R. GUARINIello, *Il processo penale nella giurisprudenza*, Cedam, 1994, p. 337, che mette in risalto la forma indicativa del termine «provvede» e la circostanza che la previsione figuri in un comma precedente, e non successivo, a quello dedicato all'ordinanza che decide le questioni preliminari.

¹⁰⁸ In quel caso, prima di *provvedere* ai sensi del quarto comma sulle sorti materiali dell'atto, dovrebbe verosimilmente *porre* la questione *alle* parti, provocando un

norma non sembra *imporlo*, e soprattutto non sembra pretendere verifiche ‘a tappeto’. Non fosse altro perché, in tal caso, dovremmo attribuire alla *mancata pronuncia* del giudice in ordine alla conformazione del *dossier* il valore di un *accertamento implicito* dell'utilizzabilità probatoria (quanto meno dal punto di vista della corrispondenza ai tipi dell'art. 431) di tutti gli atti che vi siano stati inclusi.

È vero che «non contraddice la logica del processo accusatorio [...] che si impegnino le parti, *per i meno gravi vizi del procedimento acquisitivo* a dedurre entro certi limiti le relative eccezioni»¹⁰⁹, ma su un punto così cruciale come quello della formazione dialettica della prova, non sarebbe invocabile l'autoresponsabilità delle parti: anche a «ritenere che le parti siano tenute a proporre le eccezioni relative ad eventuali errori nella scelta degli atti originariamente ‘irripetibili’ entro i termini dell'art. 491», oltre i quali quell'irripetibilità non sarebbe controvertibile¹¹⁰, resterebbero rilevabili i vizi relativi all'acquisizione «di atti che per la loro struttura in nessun caso avrebbero potuto considerarsi irripetibili in via originaria: tali le dichiarazioni raccolti presso testi o indiziati»¹¹¹.

Se non fosse in gioco la separazione tra procedimento e processo, cioè la chiave dell'attuale sistema probatorio, si potrebbe dire che la ricostruzione ipotizzata dalla giurisprudenza – secondo cui l'irrituale acquisizione di atti al fascicolo costituisca una violazione processuale da dedurre *in limine litis* – abbia una propria plausibilità. In effetti, la disciplina codicistica sul controllo del *dossier* ufficiale, così come viene letta dalla dottrina, presenta tratti *apparentemente* contraddittori, o comunque disfunzionali: se la ‘sommatoria informazione’ è inidonea a fare ‘prova’ e tale fisiologica inutilizzabilità non è sanabile, sarebbe scontato sottrarla alla disponibilità del giudice *al più tardi* prima che esso si ritiri in camera di consiglio; ma, per assicurare la più rapida eliminazione dei contenuti spuri e ridurre il rischio della contaminazione psicologica del giudicante, l'art. 491 colloca *obbligatoriamente* il controllo del fascicolo tra gli atti preliminari. In un tale sistema, l'effetto sanante postulato dalla giurisprudenza po-

contraddittorio, e solo successivamente emettere una ordinanza, motivata, ai sensi del quinto comma.

¹⁰⁹ P. FERRUA, *La formazione delle prove*, cit., p. 104 (corsivo mio).

¹¹⁰ Così, non senza «alcune perplessità» P. FERRUA, *La formazione delle prove*, cit., p. 103.

¹¹¹ L'ambito della preclusione risulterebbe, in ogni caso, non facile da decifrare, perché l'individuazione di categorie di atti investigativi ontologicamente e indefettibilmente ripetibili non è scontata, come dimostra la giurisprudenza prima citata, e appare difficile distinguere tra i casi in cui la qualifica dell'irripetibilità sia solo opinabile (controvertibili solo fino all'apertura del dibattimento) e quelli in cui essa sia ontologicamente impossibile, riservando la perdurante deducibilità ai soli errori macroscopici.

trebbe allora avere la seguente giustificazione: ove l'atto non sia stato tempestivamente espulso, e sia ormai alto il rischio che il giudice ne abbia già preso conoscenza, restandone (magari segretamente) influenzato, e a questo punto potrebbe reputarsi preferibile che esso entri nel circuito del contraddittorio: la parte danneggiata dall'informazione potrà contestarne il valore e fornire prove contrarie, e il giudice, dal canto suo, ove vi fondi l'accertamento, dovrà dar conto dei motivi per cui l'ha ritenuta attendibile ancorché raccolta con metodi incomparabili a quello dibattimentale ¹¹².

Così ragionando, però, si invertirebbe l'ordine di rango esistente tra il principio della non conoscibilità degli atti investigativi e quello della loro irrilevanza a fini decisori: il primo serve ad una migliore attuazione del secondo, ma è quest'ultimo che rappresenta la salvaguardia più importante del metodo orale.

Alla luce di quanto osservato finora, proviamo a ricostruire il regime del controllo dibattimentale sulla formazione del fascicolo, cercando di far luce in particolare sul profilo dei rapporti tra le parti e il giudice, che nella formulazione normativa risulta effettivamente in ombra e che – anche per questo – è oggetto di interpretazione non univoca in sede dottrinale e di prassi variegata nelle aule giudiziarie.

Preliminarmente, occorre osservare come tale disciplina, pur poco chiaramente disegnata, offra una soluzione ingegnosa per conciliare le esigenze di tutela della *virgin mind* del giudice dibattimentale con le istanze di legalità del procedimento probatorio.

È quindi anzitutto necessario tener separate le verifiche sulla *corretta selezione* degli atti d'indagine, dei quali il giudice dibattimentale può (e deve) aver conoscenza e disponibilità, e le verifiche sulla *utilizzabilità* dei medesimi protocolli per la decisione del processo. Si tratta di controlli che si svolgono in tempi e con modalità differenti, come pure è differente il livello di tutela assicurato, rispettivamente, al principio della inconoscibilità degli atti d'indagine da parte del giudice e al principio della irrilevanza di questi atti ai fini della decisione.

¹¹² La conclusione sarebbe coerente col motivo che ha suggerito di configurare come preliminari le questioni in discorso: conservare la *virgin mind* del giudicante, espellendo l'atto spurio prima che quest'ultimo ne venga 'contaminato'; anche l'intervento giudiziale ex art. 491 può comportare un estemporaneo contatto tra giudice e atto, ma questo sarà volto ad un esame estrinseco del protocollo, per verificare le sue condizioni di utilizzabilità. Si potrebbe dire, insomma, che quando l'atto non sia tempestivamente espulso, considerarlo prova valutabile offre alle parti una tutela migliore di quella garantita in un sistema in cui lo stesso resti, sterilmente, nel fascicolo, fino alla decisione: in questo caso, siccome la conoscenza si è ormai prodotta, nessuno può dire se esso, pur non figurando nella motivazione, faccia ormai parte delle (autentiche) fonti decisorie.

Sembra dunque corretto affermare che il controllo sulla esatta formazione del fascicolo risulti affidato alle parti del processo, la quali vengono onerate di segnalare l'illegittima collazione al giudice del dibattimento. Un controllo 'su istanza', insomma.

Nessuna norma impone al giudice di operare autonomamente – cioè a prescindere dalle segnalazioni dei contraddittori – una verifica *a tappeto*, prima di procedere all'apertura del dibattimento, su tutti gli atti presenti nel fascicolo. Non è in questo senso da attribuire al disposto del comma 4 («il giudice provvede in merito agli atti ...»): la norma non può esser letta in modo avulso dalla disposizione in cui è inserita, ma va combinata in particolare alle previsioni del primo e dell'ultimo comma: quel 'provvedimento' pare allora un incombente meramente esecutivo dell'ordinanza motivata di cui al comma 5 ove con la stessa il giudice abbia sciolto in senso positivo la *quaestio* posta dalla parte. Non è escluso che, ove il giudice si avveda in modo autonomo dell'errore di collazione (magari particolarmente evidente), la questione sul fascicolo venga posta *alle* parti dal giudice, il quale in questo caso può provocare un contraddittorio sulla legittima presenza di un determinato protocollo, ma si tratta di un'ipotesi del tutto accidentale¹¹³.

Siccome poi il rimedio al danno provocato dall'erronea collazione in termini 'psicologici' riesce tanto più efficace quanto più è tempestiva la ripulitura del fascicolo, il meccanismo di controllo risulta potenziato dal suo confinamento negli atti introduttivi: la consapevolezza che una volta avviato il dibattimento non è più possibile ottenere l'eliminazione degli atti erroneamente annessi responsabilizza le parti interessate, inducendole a segnalare *da subito* ogni errore.

Giocano anche esigenze di economia e di tutela dell'ordinato anda-

¹¹³ Opportunamente, peraltro: ove incombesse al giudice un compito officioso di ripulitura dell'incartamento, egli sarebbe tenuto ad uno *studio* delle carte disfunzionale nell'economia del giudizio. Sarebbe poco utile alla formazione del convincimento giudiziale, collocato in un momento così precoce del giudizio: si tratta di dati parziali e frammentari, ancora non inseriti nel contesto delle informazioni trasmesse dalle parti al giudice attraverso l'attività istruttoria che verrà espletata nel corso del dibattimento. Ma soprattutto sarebbe dannoso oltre il necessario per l'igiene cognitiva del giudicante, favorendo la conoscenza di tutti gli atti dell'incartamento (già di per sé nociva ad un'autentica oralità), inclusi tutti quelli illegittimamente inseriti, prima che se ne possa disporre l'eliminazione. Intervendendo invece su segnalazione motivata degli interessati, il contatto tra giudice e atti d'indagine si fa ridotto per quantità e qualità.

Insomma, se nessuna delle parti solleva problemi sul contenuto del fascicolo, e il giudice dichiara aperto il dibattimento senza dire nulla in merito, sarebbe arbitrario dedurre che il giudice abbia effettuato, senza esplicitarla, una valutazione circa la legittima allegazione di tutti gli atti inclusi nell'incartamento.

mento del giudizio: per un verso, la collocazione di un certo verbale nell'uno o nell'altro incartamento può condizionare seriamente lo svolgimento delle escussioni ¹¹⁴; per altro verso, senza uno sbarramento, l'istruzione potrebbe essere continuamente interrotta da questioni sul fascicolo, ognuna delle quali imporrebbe di instaurare un contraddittorio *ad hoc* ¹¹⁵.

Quello delle parti è un onere perfetto: al quesito se una volta decorso il termine il giudice resti sempre tenuto (o autorizzato) ad eliminare dall'incartamento ufficiale l'atto mal inserito, si tende a fornire una soluzione negativa.

Ed è la risposta di gran lunga più convincente.

Una espunzione nel corso del dibattimento sarebbe priva di riscontri normativi: difficile ritenere che le correzioni del fascicolo risultino consentite *in ogni momento* in virtù della previsione secondo cui «il giudice provvede in merito agli atti che devono essere acquisiti al fascicolo per il dibattimento ovvero eliminati da esso» (art. 491 comma 4), la quale è non a caso contenuta all'interno di una disposizione che riguarda gli atti introduttivi: occorrerebbe leggerla isolatamente, quale regola generale *sempre* operante, a prescindere dalla tempistica che caratterizza le previsioni dei rimanenti commi ¹¹⁶.

Ma a far propendere per la soluzione negativa è soprattutto la considerazione della *ratio* della norma che preclude questioni sul fascicolo a dibattimento avviato. Ad ammettere interventi tardivi *ope iudicis* si priverebbe di senso lo sbarramento, o quanto meno se ne frusterebbe seriamente lo scopo, che è quello di responsabilizzare nel controllo sulla consistenza materiale del fascicolo e nell'immediata segnalazione degli errori per la loro pronta riparazione, col minimo pregiudizio per la verginità conoscitiva del giudicante. Se infatti restasse possibile al giudice espellere l'atto spurio anche nel corso del giudizio non potrebbe che trattarsi di un potere-dovere, e nulla impedirebbe alle parti di sollecitare in ogni momento l'intervento giudiziale, provocando continue discussioni che interromperebbero il flusso dell'istruzione ¹¹⁷.

¹¹⁴ A. NAPPI, *Sulla necessità*, cit., p. 765.

¹¹⁵ La parte interessata potrebbe temporeggiare per calcoli di convenienza, sulla base dell'andamento delle escussioni.

¹¹⁶ Propone questa esegesi A. MELCHIONDA, sub *Art. 491*, cit., p. 178.

¹¹⁷ In casi simili, il giudice si troverebbe di fronte alla seguente alternativa: provocare un diseconomico contraddittorio incidentale per decidere subito, ed espellere il prima possibile l'eventuale atto penetrato illegittimamente, oppure rinviare la decisione a fine istruzione, così tutelando l'ordinato sviluppo dell'istruzione, ma mantenendo intanto l'atto tra le carte del processo.

7.2. Errata esclusione

Insomma, la dichiarazione di apertura del dibattimento rende immodificabile la consistenza *materiale* (originaria) dell'incartamento ufficiale. Immodificabile in difetto, per la precisione, perché un discorso diverso viene fatto per il caso inverso dell'*erronea esclusione* di un atto che appartarrebbe al contenuto legale del fascicolo processuale. Sebbene l'art. 491 ponga un onere di eccezione tempestiva senza distinguere tra inclusioni ed esclusioni ¹¹⁸, in relazione a queste ultime l'onere sarebbe 'imperfetto', perché il tardivo recupero del protocollo resterebbe pur sempre possibile *ope iudicis* ¹¹⁹.

In realtà, anche in relazione a questo profilo della disciplina – ossia alla possibilità di allegazioni tardive – la giurisprudenza risulta divisa: a volte distingue tra atti non probatori (recuperabili: si pensi a quelli relativi alla procedibilità dell'azione ¹²⁰) e atti a funzione latamente istruttoria ¹²¹, altre volte le nega *tout court* ¹²².

¹¹⁸ Qui lo sbarramento temporale non stridrebbe con l'art. 191: in queste ipotesi, la violazione dell'art. 431 non determina una inutilizzabilità probatoria (come nel caso dell'erronea allegazione), ma al contrario impedisce l'uso di una prova utilizzabile; un «fenomeno inverso a quello dell'inutilizzabilità fisiologica» (N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 43).

¹¹⁹ Si tratterebbe di un onere 'imperfetto', dunque. La possibilità di una integrazione officiosa del fascicolo costituirebbe applicazione – fuori dagli atti introduttivi – della previsione di cui all'art. 491 comma 4, che assegna al giudice dibattimentale il compito di provvedere (non solo all'esclusione degli atti debbono essere espunti, ma anche) ad inserire gli atti non siano stati ancora allegati al *dossier* processuale (N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 43). Le parti dunque potrebbero, anche oltre la soglia di cui all'art. 491, rivolgere al giudice 'segnalazioni' per stimolare l'esercizio del potere officioso.

¹²⁰ La querela, ad esempio (art. 431 lett. a)) «deve necessariamente essere inserita nel fascicolo per il dibattimento e nessuna disponibilità in proposito può essere riconosciuta alle parti, e in particolare al pubblico ministero, il quale, altrimenti, potrebbe sottrarsi all'obbligo di esercitare l'azione penale»; ove non sia stata inserita «deve ritenersi che tale inserimento non possa essere definitivamente eluso ove non venga proposta la questione nel termine stabilito dall'art. 491 c.p.p., ma che, invece, l'inserimento possa essere disposto dal giudice anche di ufficio» (Cass., Sez. V, 18 giugno 2004, *Matera*, in *C.E.D. Cass.*, n. 229278).

¹²¹ G. LOZZI, *Lezioni di procedura*, cit., p. 477; A. SCCELLA, *Questioni preliminari*, cit., p. 613; F. CORDERO, *Procedura*, cit., loc. cit., secondo il quale ammettere soltanto un intervento giudiziale ex art. 507 sarebbe inopportuno: un tale intervento dovrebbe avvenire solo al termine dell'istruzione, «e può darsi che le lacune abbiano nuociuto al contraddittorio». Concorde S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 213, nt. 14, sebbene l'A. resti giustamente perplessa a fronte della prospettata acquisibilità *ex officio* degli atti erroneamente lasciati fuori dal *dossier*, notando come il giudice ignori gli atti appartenenti al fascicolo delle parti.

¹²² Cass., Sez. IV, 2 aprile 1993, *Sciutto*, in *C.E.D. Cass.*, n. 195171.

Effettivamente, l'irreparabilità di questo tipo di omissioni del g.u.p. (l'esclusione di atti che avrebbero dovuto essere inclusi) urterebbe il buon senso: a voler essere conseguenti, dovremmo concludere che in caso di mancata allegazione della querela – nella pratica, l'ipotesi più rilevante di omessa allegazione – il giudice non possa fare altro che pronunciare un 'non doversi procedere', e che debba assolvere nel diverso caso, teoricamente prospettabile, in cui l'unica prova a carico sia in un sequestro del quale sia stata omessa l'allegazione di verbale e reperti.

Le drastiche conseguenze di tale assunto sono state mitigate in vario modo. La Corte costituzionale, investita della questione, ha ritenuto di poter distinguere tra la generalità degli atti facenti parte del contenuto necessario del fascicolo, da una parte, e atti investigativi a contenuto probatorio dall'altra: se la *ratio* è garantire l'ignoranza delle indagini, la preclusione è giustificata solo con riguardo agli atti a funzione contenuto probatorio, (dei quali sia opinabile, ad esempio, la natura di atti non ripetibili) «la cui conoscenza materiale potrebbe orientare i comportamenti del giudice già nel corso dell'acquisizione», e non anche per quelli «privi di contenuto probatorio (se non per aspetti processuali) quali appunto quelli relativi alle condizioni di procedibilità», dei quali può chiedersi in ogni tempo l'inserimento nel fascicolo¹²³.

La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, ha alleviato le conseguenze della preclusione affermando che, se l'inerzia è fatale alla parte, resta intatto il potere del giudice di introdurre *ex officio* il verbale. La ricostruzione lascia perplessi: da un lato dovremmo pensare ad una preclusione valida soltanto per le parti e non anche per il giudice¹²⁴, dall'altro sarebbe assai aleatoria la prospettiva di un recupero officioso dell'atto trascurato, del quale il giudicante potrebbe non venir mai a conoscenza. Se poi si dice che occorre pur sempre una 'sollecitazione' di parte, di fatto si nega la premessa di partenza.

Più convincente la tesi secondo cui la preclusione non impedisce allegazioni tardive in quanto le parti possono chiedere che siano 'acquisiti', tramite lettura *ex art.* 511, non solo gli atti contenuti nel fascicolo ufficiale, ma tutti gli atti che *avrebbero dovuto* esservi contenu-

¹²³ Corte cost., 3 luglio 1998, n. 248, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2018.

¹²⁴ Né la situazione sembra sovrapponibile a quella dell'omessa eccezione di incompetenza, in relazione alla quale la giurisprudenza – senza peraltro invincibili argomentazioni – afferma che al giudice sia sempre possibile dichiarare *ex officio* la propria incompetenza territoriale anche a dibattimento aperto, gravato ancora del potere-dovere di apprezzare i presupposti del proprio potere decisionale (Cass., Sez. VI, 7 gennaio 1999, De Mita, in *C.E.D. Cass.*, n. 213343).

ti¹²⁵. Il che equivale a concludere che la preclusione non opera in relazione alle questioni che riguardino atti erroneamente tralasciati, ma soltanto a quelle relative all'esclusione di atti erroneamente inseriti.

Leggiamo cioè la norma che preclude le questioni «sul contenuto» del fascicolo nel senso che, superata la soglia degli atti introduttivi, sia impedito contestare la collocazione degli atti già *inseriti* nell'incartamento, e non anche di quelli che ne siano stati *lasciati fuori*, rifluendo nel fascicolo del pubblico ministero¹²⁶.

Quest'esegesi pare pure rispettosa della *ratio* della norma: evitare che *durante* il dibattimento il giudice abbia la disponibilità di atti che non gli sia consentito utilizzare come prova. È evidente infatti che questa *ratio* vale solo per gli atti illegittimamente allegati e non anche per quelli erroneamente trascurati nella selezione effettuata dal g.u.p.¹²⁷.

Non si vuol negare che, anche per le erronee esclusioni di atti dal fascicolo ufficiale, sia *opportuno* un pronto rimedio in giudizio. Il contenuto 'necessario' di quell'incartamento costituisce l'ossatura dell'istruzione dibattimentale: spesso è la base di partenza dei percorsi dimostrativi delle parti; per il giudice rappresenta uno strumento di comprensione delle escussioni orali, e fornisce spunti per interventi *in facto*. Un'integrazione tardiva di questo contenuto può dunque nuocere effettivamente alla 'resa' dell'istruttoria. Ma questo non basterebbe a giustificare un regime che precluda integrazioni oltre la soglia delle questioni preliminari, e che determinerebbe una perdita informativa secca, potendo finanche condurre ad una dichiarazione di improcedibilità (arg. ex art. 431 comma 1 lett. a)).

Dopotutto non si può ritenere che l'acquisizione a dibattimento aperto alteri il contraddittorio tra le parti, giacché l'esistenza di tali materiali era pur sempre nota o conoscibile da entrambe. A fronte di una tardiva integrazione del fascicolo, *ex officio* o su istanza, i contendenti sono peraltro sempre ammessi a farne 'questione' ai sensi dell'art. 491: si tratta di un caso in cui le parti vengono reintegrate nei relativi termini, poiché «la possibilità» di porre la questione preliminare sorge «soltanto nel corso del dibattimento»¹²⁸.

¹²⁵ A. NAPPI, *Sulla necessità di distinguere*, cit., p. 766; Id., *Guida al codice*, cit., p. 765; F. GRIFANTINI, *Utilizzabilità degli atti*, cit., p. 168.

¹²⁶ Il fascicolo risulta così immodificabile in difetto, ma aperto a possibili accrescimenti: questo pare il senso delle affermazioni secondo cui oggetto della preclusione è soltanto la consistenza 'iniziale' del fascicolo (Cass., Sez. V, 18 aprile 2000, n. 5944, Benvenuto, cit.).

¹²⁷ E. ANDOLINA, *Gli atti anteriori*, cit., p. 213.

¹²⁸ Sembra anzi che sia proprio questo oggi l'ambito elettivo di applicazione del-

Quando la violazione della disciplina sul doppio fascicolo consista nel lasciar fuori dall'incartamento ufficiale atti che appartengono al suo contenuto legalmente necessario siamo fuori dall'ambito del principio di separazione tra le fasi, e della tutela della ingenuità conoscitiva del giudice.

7.3. *Vizi degli atti d'indagine e questioni preliminari*

L'assunto giurisprudenziale secondo cui bisogna tenere ben distinte la formazione del fascicolo e l'ammissione della prova viene spesso utilizzato per sostenere che l'omessa formulazione di un'apposita questione preliminare non impedisce la successiva deduzione di eventuali invalidità di cui siano affetti gli atti inseriti nel *dossier* processuale.

L'ultima conclusione è senza dubbio esatta: effettivamente, i vizi degli atti investigativi restano soggetti al regime di deducibilità stabilito per ciascun tipo di patologia. Il modo di argomentare l'assunto – sottolineando l'impossibilità di ricollegare effetti sananti all'omessa deduzione del difetto negli atti introduttivi – sottintende però una lettura dell'istituto delle 'questioni sul fascicolo' che, pur autorevolmente sostenuta¹²⁹, merita di essere discussa.

Secondo tale ricostruzione, quello delle questioni sul contenuto del fascicolo sarebbe un momento processuale deputato alla ripulitura dell'incartamento da ogni contenuto illegale: non solo dagli atti che non appartengono alle tipologie elencate nell'art. 431, ma anche da quelli che, pur rientranti in quei tipi, risultino affetti da qualche patologia derivante dalla violazione di divieti istruttori o di modalità operative poste a pena di nullità o inutilizzabilità.

In questo modo, però, si assegna alle questioni *de quibus* una portata che pare eccessiva rispetto all'autentica *ratio* della disciplina, quasi che quel controllo debba assicurare la completa ed assoluta corrispondenza, nel contenuto iniziale del fascicolo, tra atti conoscibili ed atti utilizzabili, facendo in modo che, quando il giudice dichiara aperto il dibattimento, l'incartamento contenga solo atti che egli può (anzi deve) conoscere per la decisione.

la norma contenuta nell'inciso finale dell'art. 491 comma 2 (oltre al caso dell'atto allegato a seguito di contestazione ai testimoni *ex* art. 500 commi 4, 5, 6 e 7). Pare più difficilmente verificabile il caso in cui solo dalle risultanze dibattimentali emerga la ripetibilità di un atto compiuto durante le indagini (P. FERRUA, *La formazione delle prove*, cit., p. 103) o la non ripetibilità di un atto «risultanti smentita dal contenuto di una testimonianza» (C. CASTELLANI, sub *Art. 148 disp. att.*, p. 575).

¹²⁹ E. AMODIO, *Fascicolo processuale*, cit., p. 182.

In realtà, sembra lecito dubitare che la possibilità concessa alle parti di sollecitare al giudice – in un momento così anticipato del giudizio – la verifica della composizione del fascicolo sia stata prevista dai compilatori del codice per garantire una ‘ripulitura’ dell’incartamento processuale da ogni atto inidoneo a fondare la decisione del processo (perché illegittimamente compiuto, o semplicemente perché proveniente dalla fase investigativa, e dunque carente di forma dialettica).

Più modestamente, la scelta di trattare negli atti introduttivi le questioni sulla corretta composizione del fascicolo, rappresenta un espediente per evitare che gli errori di collazione portino il decidente a conoscere di atti delle indagini allegati per errore. Questa verifica, però, non serve ad altro: non è materia di ‘questione preliminare’ la discussione dell’utilizzabilità di atti (inclusi legittimamente, perché rientranti nelle categorie di cui all’art. 431, ma) invalidi in quanto irritualmente compiuti ¹³⁰.

Il meccanismo delle questioni preliminari sarebbe inadatto quale strumento di controllo dei vizi degli atti d’indagine per diverse ragioni.

Anzitutto, sarebbe inopportuna l’iniziativa rimessa alle parti.

Se davvero il legislatore avesse ritenuto necessaria una verifica preliminare della legittima formazione degli atti inseriti nel fascicolo, con l’immediata eliminazione fisica di quelli compiuti *contra legem*, sarebbe stato più appropriato un controllo generalizzato ed indefettibile su tutti gli atti presenti nel *dossier*, e non legato alle *quaestiones* poste dalle parti. Le uniche patologie degli atti di indagine che vanno necessariamente segnalate in questa sede sono le nullità relative di cui all’art. 182 commi 2 e 3, non a caso deducibili *ope exceptionis*.

In secondo luogo, il contingentamento negli atti introduttivi, con preclusione delle iniziative tardive sarebbe incongruo rispetto al regime di rilevabilità che l’art. 191 stabilisce per le inutilizzabilità, e dagli artt. 179 ed 180 per le nullità assolute e intermedie: ogni eccezione di questo tipo non può che essere possibile in qualsiasi momento del dibattimento ¹³¹. Né a queste ipotesi sarebbe applicabile, in linea di massima, il differimento del termine previsto nell’inciso finale dell’art. 491 comma 2 («salvo che la possibilità di proporle sorga soltanto nel corso del dibattimento»), poiché normalmente la possibilità di segnalare l’il-

¹³⁰ Questa sembra anche la ricostruzione di D. SIRACUSANO, *Il giudizio*, in D. SIRACUSANO - A. GALATI - G. TRANCHINA - E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., p. 344.

¹³¹ E oltre, nei successivi gradi di giudizio, se si eccettua il caso delle nullità intermedie verificatesi nel corso del procedimento di primo grado (art. 180).

legittimità dell'atto d'indagine accluso al fascicolo è attuale già nella fase preliminare.

Sarebbero, infine, inappropriate a questioni sulla ammissibilità delle prove, le forme rapide tipiche dell'incidente processuale, con discussione ridotta e senza repliche, che non consentono alle parti le possibilità di approfondimento della discussione che alle stesse è riconosciuta nel dibattimento¹³².

8. RILIEVI IN TEMA DI VIZI PROBATORI

Da quanto fin qui osservato in ordine al trattamento degli atti di indagine ammessi a penetrare nel fascicolo dibattimentale ma affetti da patologie che ne compromettono in concreto l'impiego in chiave decisoria, viene di formulare qualche riflessione conclusiva in ordine ai vizi delle prove.

Generalmente il controllo di legalità della prova avviene preventivamente rispetto alla sua produzione in giudizio, come viene naturale in un procedura giudiziaria la cui più intima essenza è ravvisata in una 'selezione delle conoscenze'¹³³. Accade in occasione delle «richieste di prova» formulate dalle parti nel dibattimento, e anche in caso di iniziative istruttorie officiose, siano prove *constituendae* o già formate: la difformità della prova che si intende introdurre, rispetto ad una norma posta a pena di nullità o inutilizzabilità, si traduce in una causa d'inammissibilità della stessa *sub specie* di 'contrarietà a legge' (art. 190), che impone al giudice di rigettare l'istanza istruttorie, e gli impedisce qualsiasi iniziativa officiosa.

Sembra che però il sistema conosca ipotesi in cui questo controllo avviene solo successivamente al momento in cui il protocollo dell'atto istruttorio – già compiuto, in questi casi – fa materialmente il suo ingresso nel processo. Ciò accade, per l'appunto, per i verbali di atti d'indagine destinati a far parte del fascicolo dibattimentale, in relazione ai quali una verifica di conformità dell'operato investigativo alle prescrizioni del diritto probatorio è effettuata solo accidentalmente dal giudice dell'udienza preliminare, e poi successivamente dal giudice del dibattimento, in modo definitivo, almeno per quanto riguarda la decisione del giudizio di primo grado.

¹³² Solo in un isolato precedente si predica un obbligo «di controllare quali atti devono essere acquisiti al fascicolo e quali invece ne devono essere esaminati, prescindendo da eventuale richiesta delle parti», quale espressione di una 'regola di buona amministrazione del processo' (Cass., Sez., I, 30 giugno 1993, Morrone, in R. GUARINIELLO, *Il processo penale*, cit., p. 337).

¹³³ A. GIULIANI, voce *Prova* (filosofia), cit., p. 517 ss.

Si è cercato di spiegare le ragioni che suggeriscono di ripensare la ricostruzione prevalente (in dottrina) secondo la quale nessun atto di indagine, pur irripetibile, può essere incluso nel fascicolo dal g.u.p. qualora risulti viziato da nullità o altre patologie ancora rilevabili dopo la pronuncia del decreto che dispone il giudizio¹³⁴. E si è visto come anche il controllo del fascicolo *in limine litis* da parte del giudice dibattimentale non sia altro che un sindacato sulle valutazioni effettuate dal giudice dell'udienza preliminare: limitato *soltanto* agli atti 'fisiologicamente' inutilizzabili; consentito *soltanto* fino a che si dichiari aperto il dibattimento; diretto *soltanto* all'eliminazione fisica del protocollo.

Si è detto come il controllo 'definitivo' del giudice su tutte le condizioni di ammissibilità probatoria degli atti appartenenti al contenuto originario del fascicolo – sia quanto ad eventuali vizi sia quanto alla riconducibilità alle categorie di cui all'art. 431 – ha luogo, come la stessa giurisprudenza è solita precisare, nel momento in cui la prova è escussa nel dibattimento: parlando di un atto scritto, nel momento in cui il protocollo viene letto ed esaminato, e sottoposto alla discussione tra le parti; normalmente in coda alle escussioni; al più tardi, quando il giudice indica quali sono «gli atti utilizzabili ai fini della decisione» (art. 511 comma 5)¹³⁵.

Viene da dedurne che, per quanto concerne il rispetto delle prescrizioni relative al compimento dell'atto, il controllo di legalità non conduce mai, ove l'esito sia negativo, all'espulsione fisica dell'atto viziato – riservata alla cosiddetta inutilizzabilità fisiologica – ma solo ad una sorta di sterilizzazione, conseguente alla declaratoria della violazione.

Manca, insomma, una previsione normativa alla quale sia ricollegabile con sufficiente sicurezza una regola generale secondo cui gli atti *de quibus* vanno fisicamente espunti dal fascicolo ove risultino viziati: il disposto dell'art. 491 comma 5 si riferisce alla fase degli atti introduttivi, mentre l'art. 515, che per collocazione si presterebbe a dettare una regola di chiusura, contempla solo l'allegazione degli atti letti e non anche l'eliminazione degli atti non letti¹³⁶.

Più in generale, l'impressione che si ricava dall'analisi della trama

¹³⁴ S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 78; E. ANDOLINA, *Gli atti anteriori*, cit., p. 207, nt. 163; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 39.

¹³⁵ La lettura, effettiva o simbolica, dei materiali raccolti *ab initio* nel fascicolo ufficiale, serve anche a dare al giudicante la possibilità di verificare, nel contraddittorio delle parti, la sussistenza delle condizioni di utilizzabilità di ciascun atto (P. FERRUA, *La riforma del diritto penale*, cit., p. 82). Ovviamente, l'erronea lettura o dichiarazione di utilizzabilità di un atto in realtà viziato non importa, peraltro, alcuna sanatoria.

¹³⁶ Forza il testo l'esegesi che vi legge una operazione di ricostituzione del fascicolo per la decisione: M. NOBILI, sub *Art. 515*, cit., p. 447 (v. *infra*, cap. IV § 6.1.).

codicistica è che le regole che disciplinano *an* e *quomodo* dell'attività probatoria compongono una vasta gamma di prescrizioni, diversamente cogenti.

Alle estremità figurano, da un lato, le prescrizioni la cui trasgressione non incide sulla validità dell'atto istruttorio, ma rappresenta mera irregolarità (ad esempio, quella che prescrive l'isolamento dei testimoni prima della deposizione in udienza) e, dall'altro, i divieti di 'acquisizione', che rappresentano il totale ripudio di un certo tipo di informazioni comunque prodotte (anonimi e informatori, ad es.) per i quali non è soltanto vietata l'utilizzazione ma la stessa materiale allegazione agli atti del procedimento.

Salvo questi due tipi estremi, tutte le altre regole istruttorie (quelle stabilite a pena di nullità, nelle sue tre diverse forme di trattamento, e quelle sanzionate dalla 'inutilizzabilità' dell'art. 191), pur comportando tutte l'inidoneità dell'atto ad essere impiegato nella decisione, operano in modo diverso a seconda che il controllo sulla loro osservanza avvenga in via preventiva, e cioè prima dell'introduzione del mezzo nel processo, ovvero successivamente all'ingresso dell'atto istruttorio.

Per quanto riguarda i contenuti necessari del fascicolo ufficiale il controllo di legalità avviene solo successivamente al loro ingresso, proprio attraverso il fascicolo, all'interno del processo: quando tale contenuto sia costituito da un atto investigativo, e questo sia in qualche modo viziato, la reazione dell'ordinamento rispetto alla violazione non si esprima mai attraverso interventi espulsivi, ma si traduce sempre e solo – che si tratti di nullità, o di inutilizzabilità – in un divieto di uso in sentenza¹³⁷.

Si tratta di un regime singolare, se raffrontato a quello degli atti investigativi diversi da quelli di cui all'art. 431, recuperabili attraverso contestazioni o letture dal fascicolo del p.m., o quello delle prove che entrano nel giudizio su iniziativa delle parti o del giudice. Sia per gli uni che per le altre l'*illegalità* impedisce l'ingresso della prova nel giudizio, mentre per gli atti investigativi destinati al fascicolo è precluso soltanto l'impiego decisivo.

È possibile che il legislatore del 1988 abbia considerato – non senza una qualche dose di ingenuità – estremamente residuale la categoria degli atti irripetibili, sia rispetto alle attività *normalmente* svolte nel corso delle indagini, sia rispetto alle escussioni probatorie dibattimen-

¹³⁷ Parliamo, sempre, di atti rientranti nella tipologia dell'art. 431 per i quali vige una sorta di 'obbligo di acquisizione', precetto opposto al 'divieto di acquisizione' che riguarda, ad esempio, i documenti anonimi e confidenze poliziesche.

tali, ed abbia pertanto ritenuto trascurabile il rischio che attraverso il canale degli atti irripetibili affluiscano al giudice atti viziati ¹³⁸.

Non sembra però una regolamentazione irragionevole.

Per un verso, la mera presenza nell'incartamento processuale di atti a funzione istruttoria che siano affetti da vizi processuali non inquinano il procedimento; almeno fino a quando una decisione non tenga conto della prova spuria.

Per altro verso, se l'atto viziato fosse fisicamente eliminato dal fascicolo non sarebbe possibile impiegarlo per le parti non viziate, in caso di inutilizzabilità parziale, o nei confronti dei soggetti nei cui confronti la prova è efficace nei casi di inutilizzabilità soggettivamente orientata.

Qui, la stessa decisione sull'espulsione potrebbe risultare problematica, perché la direzione d'impiego di un atto probatorio può non esser chiara fino alla chiusura dell'istruzione; spesso emerge dalla discussione; e non è escluso che l'incidenza di una prova sulla posizione di un imputato emerga in camera di consiglio.

Inoltre, se l'atto spurio venisse espunto, non sarebbe possibile utilizzarlo *a favore* dell'imputato (stiamo supponendo, ovviamente, che ciò sia consentito ¹³⁹).

Infine, l'erronea declaratoria di inutilizzabilità di una prova utilizzabile sarebbe difficilmente sindacabile, in sede di impugnazione, poiché il giudice dell'impugnazione, al di là dei limiti devolutivi, dispone

¹³⁸ Avrà anche pesato la nostra tradizione di processo burocratico, tanto lontana dalle *exclusionary rules*: il regime degli atti irripetibili riproduce il sistema *inclusivo* del codice Rocco, in cui al giudice affluivano gli atti dell'istruzione formale ancorché viziati.

¹³⁹ Secondo una impostazione autorevolmente sostenuta, le invalidità che colpiscono le prove impediscono che esse vengano utilizzate dal giudice nella sentenza di condanna, ma non ne impediscono l'impiego *in utilibus* F. CORDERO, *Prove illecite*, cit., p. 171; ID., *Procedura*, cit., p. 798; L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 619; N. GALANTINI, *L'Inutilizzabilità della prova*, cit., nt. 13, p. 703; G. LOZZI, *Lezioni di procedura*, cit., p. 196; R. CASIRAGHI, *Prove vietate*, cit., p. 1768; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame*, cit., p. 133. In giurisprudenza Cass., Sez. III, 26 novembre 1996, Usai, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2420; Cass., Sez. I, 24 marzo 1999, Oliva, *ivi*, 2000, p. 964; Cass., Sez. un., 9 ottobre 1996, Carpanelli, *ivi*, 1997, p. 2428. La ricostruzione, priva di sicuri agganci normativi, sottende una interpretazione del sistema processuale in chiave assiologica, fondata su un – condivisibile – assetto di valori. La maggior remora, di ordine logico-giuridico, attiene al fatto che la circostanza dimostrata dalla prova invalida, potrebbe essere usata dal giudice per togliere valore a prove contrarie, raccolte *secundum legem*. L'unico caso in cui questo rischio è assente riguarda la prova d'alibi, il cui valore dimostrativo è incontrovertibile in virtù del principio di non contraddizione.

del solo fascicolo d'ufficio e non anche del fascicolo del pubblico ministero ¹⁴⁰.

Un'obiezione che potrebbe muoversi a tale regime riguarda il rischio dell'abuso: il p.m. potrebbe fare affidamento su questo particolare regime acquisitivo per compiere atti investigativi in violazione delle norme del codice che nella consapevolezza che essi giungeranno comunque a conoscenza del giudicante. Tuttavia è difficile costruire un sistema funzionale impostando le regole in chiave di prevenzione degli abusi, che – in ogni caso – hanno il loro antidoto nell'invalicabile barriera della irrilevanza probatoria di qualsiasi atto che sia inutilizzabile, ancorché penetrati all'interno del processo.

Si tratta di dinamiche congeniali ad un processo di parti, ma piuttosto lontane dalla nostra tradizione processuale 'burocratica', in cui la 'onniscienza' assicurata al decidente (dal fascicolo comprensivo di ogni atto del procedimento) rende irrealizzabile l'eventualità che dati informativi legalmente utilizzabili in chiave probatoria siano erroneamente sottratti alla possibilità di un legittimo impiego nella decisione finale.

Non sfugge che il medesimo rischio è ravvisabile tanto nell'ipotesi di una erronea diagnosi di patologie 'intrinseche' dell'atto da parte del giudice dell'udienza preliminare, quanto nell'ipotesi dell'erronea cernita tra gli atti eccezionalmente utilizzabili nel giudizio (art. 431 comma 1 lett. a-h)) e quelli privi di tale qualità. E tuttavia va rilevato che in quest'ultima ipotesi – e non anche nella prima – il pericolo di 'perdere' l'atto è un *costo necessario* della scelta legislativa di privare il giudice dibattimentale della conoscenza delle indagini: se infatti è in ogni caso indispensabile separare gli atti d'indagine irripetibili o assimilati da quelli che non lo sono, il pericolo che per questa via alcuni protocolli vengano erroneamente sottratti alla cognizione del giudice dibattimentale sarebbe eliminabile solamente affidando a quest'ultimo la formazione del proprio fascicolo.

La mancata previsione di un controllo preventivo di 'legalità' degli atti può, allora, interpretarsi nel senso che il rischio derivante da un'erronea selezione viene, per così dire, 'accettato' dal nostro sistema, *solo nella misura in cui* si tratti di una selezione funzionale a sottrarre al giudice dibattimentale la conoscenza dell'intero fascicolo delle inda-

¹⁴⁰ Del resto, nessuna ripulitura del fascicolo dai contenuti illegali avviene nel rito abbreviato: eventuali atti di indagine affetti da nullità o inutilizzabilità, pur essendo inidonei all'uso decisorio, ciò nonostante restano all'interno del fascicolo del pubblico ministero, dal quale il giudice attingerà i materiali probatori per fondare la decisione.

gini. Fuori da quest'esigenza, l'eventualità che il giudice dibattimentale entri in contatto con un (singolo) atto viziato è considerato invece un inconveniente (oltre che remoto, vista l'esiguità dei materiali ammessi al transito nel fascicolo ufficiale ¹⁴¹) preferibile alla perdita dell'atto erroneamente espunto.

Ecco che, mentre la scelta degli atti da trasferire da un fascicolo nell'altro in ragione della loro tipologia viene affidata al giudice dell'udienza preliminare (salva la possibilità di un sindacato dibattimentale), il controllo della 'legalità' degli atti così selezionati è riservato al giudice del dibattimento.

9. RILIEVI IN TEMA DI INUTILIZZABILITÀ 'FISIOLOGICA'

L'apprezzamento dell'utilizzabilità dei verbali investigativi che penetrano nell'incartamento processuale spetta dunque al giudice del dibattimento, al quale soltanto incombono le valutazioni sull'ammissibilità delle prove, di qualsiasi tipo e natura, precostituite rispetto al giudizio o *constituendae*. Quello che abbiamo fin qui descritto è un sindacato effettuato indefettibilmente rispetto a *tutti* gli atti d'indagine che risultino presenti nell'incartamento ufficiale.

In relazione alla c.d. 'inutilizzabilità fisiologica' è stabilito tuttavia anche un *ulteriore* controllo, diverso per tempi, modi ed esiti: i protocolli investigativi diversi da quelli di cui all'art. 431 – in relazione ai quali l'inidoneità ai fini decisori è stabilita a tutela del metodo probatorio dibattimentale – ove erroneamente inseriti nel fascicolo ufficiale, possono esserne fisicamente espulsi e restituiti al p.m., così da essere sottratti alla conoscenza ed alla disponibilità del giudice dibattimentale.

Questa ripulitura del fascicolo dagli atti di indagine annessi *sine titulo* è prevista, tuttavia, solo prima che il dibattimento cominci, nella fase degli «atti introduttivi», e solo su sollecitazione delle parti.

Anche se l'asestamento della consistenza *materiale* del fascicolo implica valutazioni di utilizzabilità probatoria, cui possono seguire materiali integrazioni o eliminazioni, non è nelle questioni preliminari la sede del controllo dei protocolli investigativi presenti nel *dossier*. Di-

¹⁴¹ L'eventualità che in questo modo un atto investigativo viziato finisca davanti agli occhi del giudice dibattimentale doveva apparire ai compilatori del codice ancor più rara di quanto possa ritenersi oggi, visto che il catalogo di cui all'art. 431 nella sua versione originaria era limitato, per quanto riguarda gli atti a funzione istruttoria, ai soli atti irripetibili.

ciamo che, ove poste, le questioni sul fascicolo possono al più anticipare quel controllo, con valutazioni che sono tuttavia sempre rivedibili dal giudice fino alla chiusura della discussione. È possibile che, al momento della lettura, il verbale di un atto ritenuto sino ad allora irripetibile risulti privo del requisito, e venga dunque escluso dagli «atti utilizzabili ai fini della decisione» (art. 511 comma 5). Resta nel fascicolo, visto che ormai è stato conosciuto dal giudice, ma è lettera morta ai fini della decisione.

Al contrario, è possibile che dalle escussioni, o dal confronto tra le parti nel dibattimento, un atto espulso in sede di questioni preliminari, o mai allegato, risulti invece appartenere ai tipi che sono destinati per legge all'impiego decisorio, e che perciò esso venga, seppur tardivamente, annesso al fascicolo processuale¹⁴².

L'effettività della regola della cd. inutilizzabilità fisiologica degli atti d'indagine viene assicurata attraverso due diversi divieti: un divie-

¹⁴² Un simile recupero è possibile anche in appello. La giurisprudenza di legittimità esclude che possa considerarsi preclusa l'acquisizione agli atti del giudizio di secondo grado del verbale che avrebbe dovuto essere inserito nel fascicolo dibattimentale in prime cure. L'assenza dell'atto può dipendere: *a*) da un'erronea valutazione nel giudizio di prime cure; la questione può esser stata posta, ma decisa dal g.u.p. o dal giudice dibattimentale nel senso dell'estraneità dell'atto alle tipologie dell'art. 431; il protocollo espunto dal fascicolo, o in ogni caso escluso dagli atti utilizzabili; *b*) da una svista: il verbale potrebbe esser stato lasciato nel fascicolo delle indagini per una disattenzione nel confezionamento del *dossier* ufficiale che non ha trovato rimedio in dibattimento. Sebbene oggi – dice la Corte – sia rimesso al potere dispositivo delle parti arricchire il contenuto originario del fascicolo, queste tuttavia «non possono restringere l'ambito degli atti che per legge devono essere raccolti nell'incartamento processuale»: Cass., Sez. II, 23 maggio 2014, n. 5688, Narducci, in *C.E.D. Cass.*, n. 259627. Ciò a dire che l'art. 431 prescrive una dotazione informativa necessaria del giudice dibattimentale che non può essere compromessa (irrimediabilmente) dall'inerzia delle parti.

L'assunto va condiviso, con qualche precisazione: il recupero deve fare i conti con il carattere dispositivo dell'appello. Quell'atto è 'prova nuova' ex art. 603 comma 1 (diversa dalle «già acquisite nel dibattimento di primo grado») perciò l'acquisizione è possibile, su richiesta di parte, nella misura in cui il giudice non possa «decidere allo stato degli atti». Formula da intendere nel senso che la mancata considerazione del verbale può condurre ad una decisione differente da quella assunta, nella prospettiva adottata dall'appellante (il quale altrimenti risulterebbe carente di interesse).

La Corte d'appello ri-decide tenendo conto dell'atto, e conferma la sentenza se il motivo si riveli infondato. Ove però nessuno abbia formulato doglianze, l'acquisizione può avvenire *ex officio* (supponiamo che la sua esistenza emerga *ex actis* o venga segnalata dalle parti) *solo* ove appaia al giudice necessaria per decidere (art. 603 comma 3). L'inesatta composizione del fascicolo non produce vizi rilevabili d'ufficio che possano essere dichiarati dalla Corte d'appello anche d'ufficio, come avverrebbe se l'errore avesse condotto ad acquisizioni probatorie atti fuori dai casi consentiti (art. 526).

to di allegazione, che mira ad impedire la conoscenza del protocollo; un divieto di lettura, che preclude l'uso dell'atto in chiave decisoria.

Ciascuna delle due regole riceve un controllo e una tutela diversi e specifici. La violazione della prima (erronea collazione) è rimediata, con l'espulsione dell'atto illegittimamente penetrato, *soltanto fino all'apertura del dibattimento*.

La violazione della seconda (illegittima lettura) provoca la ben più grave conseguenza dell'invalidità della sentenza che si fonda sull'atto in parola (art. 526), vizio che resta rilevante *in ogni stato e grado del processo*. Si tratta di due argini posti a protezione del principio di separazione tra le fasi, di tal che l'eventuale superamento del primo non rende inutile, ma al contrario più importante, presidiare il secondo.

Orbene, le prerogative che la legge riconosce alle parti in ordine alla composizione del fascicolo dibattimentale, consentendo accordi acquisitivi, non incidono minimamente sulla validità di queste conclusioni.

Esse introducono, semmai, qualche elemento di complicazione operativa. Nella prassi l'indicazione degli atti utilizzabili per la decisione solo raramente è 'specificata' come le norme richiederebbero: la *routine* induce i giudici ad allentare il controllo finale sul fascicolo, dando per letti 'tutti gli atti contenuti nel fascicolo' liquidando l'adempimento con dichiarazioni omnicomprensive, e le parti solitamente non formulano rivendicazioni. Il giudice, una volta in camera di consiglio, non può in ogni caso utilizzare per la decisione gli atti che, non eliminati a tempo debito, siano rimasti nell'incartamento processuale.

Oggi però la diagnosi di utilizzabilità è più complessa, perché non si esaurisce nella verifica della corrispondenza tra le carte presenti e i tipi contemplati dall'art. 431 comma 1: qualsiasi protocollo investigativo guadagna la legittimazione ad entrare nel processo e ad essere usato come prova, se è stato oggetto di un accordo tra le parti. E se, per i patti stipulati in giudizio, il carattere necessariamente espresso delle manifestazioni di volontà consente un'agevole verifica della legittima acquisizione dell'atto, attraverso il verbale del dibattimento, il controllo è meno facile in relazione ad atti consensualmente allegati davanti al g.u.p. visto che il giudice del dibattimento non ha disponibilità del verbale dell'udienza preliminare¹⁴³.

¹⁴³ Ciò rende importante un'accurata composizione del fascicolo per il dibattimento, e una redazione scrupolosa dell'indice degli atti e delle produzioni' previsto dall'art. 3 reg. esec.: per gli atti investigativi dei quali le parti abbiano concordato l'allegazione nell'udienza preliminare, l'unica traccia certa della legittima annessione, a

10. L'IMPORTANZA DEL CONTROLLO DEL FASCICOLO *NEL* DIBATTIMENTO

Ai novellatori del 1999 è stato mosso un rimprovero: aver previsto la formazione del fascicolo nel contraddittorio tra le parti senza modificare – in senso restrittivo – la disciplina della sindacabilità *a posteriori* della corretta collazione.

Nel testo originario del progetto legislativo che ha condotto alla novella del 1999 figurava una rinnovata disciplina della formazione del fascicolo, aperta al contraddittorio, all'interno di una «udienza predibattimentale», sede nella quale avrebbero dovuto avere definitivo sfogo, tra le altre, tutte le possibili questioni sulla composizione del *dossier*, non più proponibili una volta che il procedimento fosse approvato innanzi al giudice dibattimentale¹⁴⁴.

Abbandonata l'idea dell'udienza predibattimentale, il legislatore ha però collocato nell'ambito dell'udienza preliminare la fase riservata alla fascicolazione degli atti nelle nuove forme partecipate, lasciando comunque possibili, nei termini previsti dall'assetto originario, le eventuali obiezioni davanti al giudice dibattimentale.

In tal modo, effettivamente, la presenza delle parti alla collazione risulta meno efficace – rispetto allo schema della 'udienza predibattimentale' – nel ridurre i contenziosi sul contenuto del *dossier* ufficiale.

Il fatto che l'esatta collazione degli atti resti controvertibile in dibattimento diluisce l'attenzione delle parti alla cernita, che nella prassi resta ancora una stanca *routine*, alla quale i contendenti sono scarsamente interessati, confidando nel fatto che qualsiasi errore sarà emendabile poi. La circostanza sembra essere anche alla base della prassi disapplicativa delle formalità di contraddittorio introdotte dalla legge Carotti e assai spesso omesse dai giudici di merito, che in tal modo si sottraggono all'impegno di sostenere una discussione (sulla corretta cernita degli atti) che sanno consentita davanti al giudice del dibattimento. La piena giuridizionalizzazione della collazione non riesce, insomma, a prevenire completamente i contenziosi dibattimentali.

Non sembra tuttavia che i compilatori della novella meritino simili critiche: l'aver ammesso le parti a presenziare alla cernita degli atti in udienza preliminare non rende affatto superflua la previsione della sin-

beneficio del giudice dibattimentale, sembra la menzione dell'accordo acquisitivo a 'giustificazione' dell'allegazione. Prima ancora, rende importante il controllo, nel contraddittorio delle parti, dell'utilizzabilità di *ogni* atto presente nel fascicolo.

¹⁴⁴ Si tratta del d.d.l. 1182 presentato nel 1996 dal dep. Saraceni. Auspicava che in questo nuovo sistema non fosse proposta una «doppia valutazione delle questioni preliminari», da parte del giudice dell'udienza predibattimentale prima e del giudice del dibattimento poi, L. MAGLIARO, *Giudice unico*, cit., p. 22.

dacabilità da parte del giudice del dibattimento della formazione del fascicolo processuale.

Se, infatti, una volta ammesso il contraddittorio contestuale alla fascicolazione, se ne precludesse la controvertibilità in giudizio, la parte sarebbe irragionevolmente costretta ad attendere l'emanazione della sentenza per poter invocare il rimedio all'errore commesso dal giudice dell'udienza preliminare come motivo di impugnazione.

Anche oggi la parte dunque può sempre ed in ogni caso porre questioni sul contenuto del fascicolo al giudice del dibattimento. Non soltanto, come è ovvio, quando abbia già denunciato inutilmente l'errore al giudice dell'udienza preliminare, ma anche laddove essa non abbia sollevato alcuna obiezione in sede di collazione, e intenda porre la questione al giudice dibattimentale per la prima volta¹⁴⁵.

Nel silenzio della legge non è possibile dedurre diversamente, ricavando una preclusione processuale da un immanente principio di autoresponsabilità delle parti processuali¹⁴⁶.

E lo stesso sembra doveroso concludere nell'ipotesi, ancora diversa, in cui l'erroneo inserimento sia avvenuto, in udienza preliminare, proprio sulla scorta delle osservazioni formulate dalla parte che poi in dibattimento chieda l'esclusione dell'atto mal collocato, invocando la correzione di un errore al quale, di fatto, ha contribuito a dare causa¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Così invece S. BELTRAMI, *Il dibattimento monocratico*, cit., p. 72, il quale ritiene che, in caso contrario, la previsione del contraddittorio davanti al giudice dell'udienza preliminare «meramente formalistica e quindi inutile». Così pure G. ANDREAZZA, *Gli atti preliminari al dibattimento*, cit., p. 208.

¹⁴⁶ Cass., Sez. un., 11 gennaio 2002, n. 1021, Cremonese, in *Guida dir.*, 2002, f. 4, 57. In realtà una preclusione processuale, pur intesa come espressione del principio di autoresponsabilità, è sempre connessa al non rispetto di una specifica disposizione a tutela di un interesse che fa capo al soggetto e deve emergere esplicitamente (S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, cit., p. 457).

¹⁴⁷ Nessuna norma lo prevede, sebbene in una simile scelta normativa non vi sarebbe «nulla di arbitrario» (A. SCELLA, *La formazione in contraddittorio*, cit., p. 428). Neppure nel corso dei lavori parlamentari della legge Carotti si era pensato che l'introduzione del contraddittorio anticipato determinasse un'implicita 'abolizione' dell'art. 491 comma 2 *in parte qua*, semmai era stato notato come la permanenza delle questioni preliminari sul fascicolo costituisse un «inutile appesantimento» (v. la discussione parlamentare riportata da A. SCELLA, *La formazione in contraddittorio*, loc. cit., nt. 16).

PARTE SECONDA

CAPITOLO III

GLI ACCORDI SUL FASCICOLO PER IL DIBATTIMENTO

SOMMARIO: 1. Genesi. – 2. Precedenti. – 3. Prospettive applicative. – 4. Accordi sul fascicolo e principio del contraddittorio. – 5. Il consenso acquisitivo. – 5.1 Forme di manifestazione. – 5.2. Revocabilità. – 5.3. Scelta tecnica. – 5.4. La dichiarazione contraria. – 5.5. Il consenso omnicomprensivo. – 5.6. Il consenso premiale?

1. GENESI

Oggi le parti hanno anche una seconda possibilità di intervento sul contenuto iniziale del fascicolo: non in chiave di controllo del rispetto delle previsioni legali, ma nell'esercizio di una funzione attiva, di selezione di materiali diversi ed ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge. Concordando cioè l'annessione, al materiale valutabile dal giudice, di atti formati durante le indagini, allorquando queste reputino che, per qualche motivo, tale accordo sia conveniente alle rispettive strategie.

Questa nuova tipologia di procedimento probatorio rivela subito un movente economico: nella maggior parte dei casi l'apporto cartaceo è destinato a surrogare un'escussione dibattimentale. La novità si colloca così nel solco della recente tendenza legislativa a valorizzare il ruolo delle parti nel processo, condizionando l'operatività di regole processuali, specialmente probatorie, alle valutazioni dei contendenti. Rispetto alle altre figure di consenso probatorio, sia quelle più risalenti fondate sul consenso dell'imputato (es.: art. 360 comma 5) sia quelle, successive, comunque caratterizzate da un accordo (art. 513 comma 2), i patti sul contenuto del fascicolo hanno una importante peculiarità che attiene alla sua *ratio* sulla quale si tornerà tra poco.

Prima facie, però, spiccano per la loro incidenza sulla regola-chiave del metodo istruttorio disegnato dal codice, quella del 'doppio fascicolo'.

La disponibilità delle regole istruttorie è tipica dei sistemi processuali di tipo *adversary*: nel sistema inglese la regola secondo cui l'unico modo per provare un fatto è esibire la persona che lo ha visto o sperimentato, escluso ogni rilievo di deposizioni extradibattimentali e testimonianze dibattimentali *de relato* (*hearsay*) non si applica ai fatti non controversi dei quali, se le parti lo consentono, può esser data prova con una dichiarazione scritta di un testimone¹. Il nostro sistema è invece assuefatto a regole istruttorie rigide, solo in minima parte sensibili alle opzioni delle parti. I rivoluzionari connotati dispositivi del sistema processuale vigente hanno però aperto la strada agli schemi della giustizia negoziata, che negli anni si sono progressivamente arricchiti e rafforzati: accanto a modelli 'forti', che si rinvergono nelle definizioni concordate del processo o meccanismi di chiusura concordata del conflitto penale², si sono sviluppati modelli 'deboli' di giustizia consensuale, nei quali la

¹ Un buon esempio è rinvenibile nell'art. 9 del *Criminal Justice Act*: si tratta del caso in cui le parti siano d'accordo per il rinvio a giudizio e tutte le prove presentate siano costituite da materiale cartaceo; la dichiarazione scritta (sottoscritta e asseverata dall'autore, che si dichiara consapevole dell'uso processuale e dei rischi penali per le falsità) varrà quanto una deposizione orale purché una copia del documento sia consegnata alle altre parti prima della produzione. Prima di tale novella l'unica deroga alla *rule against hearsay* riguardava il caso di impossibilità della deposizione orale, oppure era subordinata al fatto che l'accusato avesse avuto la possibilità di controinterrogare il teste (*Criminal Justice Act 1925*). Cfr. in argomento, J.R. SPENCER, *Il diritto sulla prova*, cit., p. 284.

Quella che può definirsi una vera e propria applicabilità «condizionata» del diritto delle prove (M. DAMAŠKA, *Diritto delle prove*, cit., p. 127) nei sistemi angloamericani si spinge fino a ritenere consentito alle parti di accordarsi affinché il caso venga deciso sulla base dei verbali della *preliminary hearing* (*trial on stipulated facts*: ne parla L. MARAFIOTI, *La giustizia penale negoziata*, cit., p. 2937). A volte la *stipulation* probatoria sottende una vera propria ammissione del fatto (*admission of ultimate facts*), altre volte l'accordo si limita a sottoporre alla valutazione del giudice una prova, restando impregiudicata la possibilità che da quella prova possa ritenersi provato un qualsiasi fatto rilevante per l'imputazione (*admission on evidentiary facts*). Se le ultime figure ricordano l'istituto del quale ci occupiamo, vanno tenute presenti le sostanziose differenze, dipendenti dal contesto di riferimento: quelle *stipulations* sono legate, da una parte, allo «spauracchio della giuria», che spinge la difesa ad accordarsi per neutralizzare il pericoloso impatto emotivo che alcune prove possono avere sui giurati, e dall'altra, alla discrezionalità della *prosecution*, che consente all'accusa di «mettere sul 'piatto della bilancia'» concessioni qui impensabili (cfr., anche per le citazioni, R. DEL COCO, *Disponibilità delle prove*, cit., p. 72).

² Le prime, che conducono ad una pronuncia sul merito, coincidono con l'ambito dei riti speciali strutturati su base consensuale, le seconde rientrano nell'ambito della *diversion*, e sono rappresentati dagli strumenti transattivi di deprocessualizzazione e dai meccanismi di conciliazione tra imputato e offeso (cfr. E.M. CATALANO, *L'accordo*, cit., p. 38).

negozialità investe singoli profili del processo³ o il metodo istruttorio. L'istituto degli accordi sul fascicolo per il dibattimento rientra in quest'ultimo ambito, ed occupa un posto rimarchevole tra le forme di gestione consensuale delle regole istruttorie, perché cade su una regola-cardine, che presidia il diaframma tra atti di indagine e processo – il sistema del doppio fascicolo – fino ad ora indisponibile.

Da tempo si segnalava l'opportunità di rendere negoziabile il contenuto 'iniziale' del fascicolo, notando come non contraddica «la logica del sistema accusatorio che si ammetta, su concorde richiesta delle parti e a date condizioni, una limitata acquisizione al giudizio di atti delle indagini preliminari, altrimenti privi di efficacia probatoria»⁴, e l'innovazione normativa asseconda questa idea. A sostegno della fondatezza di quest'assunto, si evidenziava che la preferenza accordata al metodo dialettico viene meno quando i soggetti che dovrebbero concorrere alla formazione della prova acconsentono all'introduzione di informazioni raccolte nella fase investigativa. In queste ipotesi, una rigida applicazione del metodo dialettico può risultare ingiustificatamente dispendiosa quanto a tempi e lavoro processuale. Il consenso postumo di tutti all'acquisizione dell'informazione investigativa – se offre al giudice un risultato non sovrapponibile a quello assicurato dal metodo orale, quanto a qualità cognitiva – esprime comunque una valutazione epistemologicamente rilevante: il consenziente attesta che l'elaborazione dibattimentale non darebbe esiti apprezzabilmente diversi⁵.

A tutela dell'accuratezza della decisione, l'opportunità di elaborare la prova secondo il metodo dibattimentale avrebbe potuto esser rimessa alla valutazione del giudicante, in grado di recuperare l'oralità cui le parti hanno rinunciato, ove ritenga che la fonte non abbia espresso per intero il suo potenziale informativo. Ciò basterebbe – si diceva – ad evitare che contingenti convergenze delle strategie di parte possano ostacolare la conoscenza dei fatti da parte del giudice, dando vita a fenomeni di 'patteggiamento' sulla prova in contrasto con le coordinate, anche costituzionali, del nostro sistema⁶.

³ Se ne rinvergono in materia di archiviazione, o di proscioglimento predibattimentale (cfr. G. SPANGHER, *Verso un processo*, cit., p. 470).

⁴ P. FERRUA, *La formazione delle prove*, cit., p. 104.

⁵ G. GIOSTRA, *Quale contraddittorio*, cit., p. 199.

⁶ Sulla necessità di dare al giudice la possibilità di «supplire all'insufficiente diligenza delle parti – o della parte – oppure ad impedire che interessi coincidenti di parti (apparentemente contrapposte) possano tenere nell'oscurità aspetti rilevanti della verità» V. ZAGREBELSKY, *Il giudice del dibattimento*, cit., p. 157. L'opportunità di evitare fenomeni di completa dispositività della prova è presente fin dai discorsi sulla riforma del codice

Sulla scorta di tali rilievi fu ipotizzata l'introduzione di accordi sul contenuto del fascicolo, che avrebbero potuto «sgombrare il campo del processo accusatorio da una serie di accertamenti di fatto che nessuno ha interesse che siano effettuati con modalità dialettiche», consentendo, allo stesso tempo, «di concentrare sforzi ed attenzione dei soggetti processuali sui punti realmente controversi e sui quali realmente si gioca la partita del processo»⁷.

Di fronte ad un dato 'accertamento' formato unilateralmente, può darsi che nessuno dei contendenti reputi utile un approfondimento dibattimentale: chi è interessato alle informazioni trasmesse dal protocollo risparmia le fatiche dell'adduzione della fonte e dell'escussione dibattimentale, mentre ai controinteressati può risultare conveniente evitare le incognite di un'escussione che potrebbe rafforzare la affidabilità dell'informazione o produrne di nuove ed ulteriori.

E se rispetto ad un verbale investigativo la parte pregiudicata dal suo contenuto ha *normalmente* un interesse contrario al suo transito nel *dossier* ufficiale, potendo ragionevolmente auspicarsi che la propria partecipazione all'assunzione orale dell'informazione serva ad eliderne o contrastarne il rilievo probatorio⁸, il consenso all'acquisizione può, più facilmente, coagularsi attorno a protocolli concernenti attività di informazione, constatazione, analisi tecnico-scientifica e simili, rispetto ai quali non è pronosticabile che l'escussione dibattimentale della prova – specie quando si esaurisca nell'audizione dell'o-perante – porti ad esiti diversi.

Non a caso la prassi applicativa tendeva a superare la rigidità della barriera tra i fascicoli, forzando spesso le previsioni normative dell'art. 431. Nel 1996, pochi mesi prima dell'inizio del lavoro parlamentare che ha portato alla approvazione della legge 'Carotti' era stata presentata una proposta di legge che inseriva nell'art. 431 una previsione molto vicina all'attuale istituto: «soltanto con il consenso delle parti possono essere acquisiti od inseriti nel fascicolo per il dibattimento verbali, relazioni, annotazioni od atti di indagine e d'accertamento, comunque denominati, diversi da quelli indicati nel comma 1»⁹.

Rocco in senso accusatorio: G. FOSCHINI, *La riforma*, cit., p. 253, si augurava un assetto 'cooperatorio', «con funzione collaborativa degli uffici del giudice, della difesa e dell'accusa», laddove privando il giudice di ogni potere istruttorio, «l'esito del processo potrebbe essere influenzato da una convergenza di comportamento degli uffici di accusa e difesa».

⁷ Secondo G. CAROFIGLIO, *Le conoscenze processuali*, cit., p. 330, gli accordi sulla prova esaltano l'accusatorietà e il carattere dialettico del processo.

⁸ Specie se nell'accordo rientra la rinuncia all'esame dibattimentale della fonte, che priverebbe la parte controinteressata dell'opportunità di squassare il dichiarante nel controesame.

⁹ P.d.l. n. 1637 presentata il 25 giugno 1996 dai deputati Anedda e Simeone.

La previsione era motivata così: «accade nella prassi [...] che vengano inseriti nel fascicolo per il dibattimento atti di indagine diversi da quelli indicati e voluti dal legislatore. Si è consentito e si consente in tal modo che vengano portati alla conoscenza del giudice del dibattimento atti e verbali che descrivono e commentano i fatti da giudicare. Si è giunti persino a dire [...] che gli atti (come ad esempio le relazioni dei curatori fallimentari od i verbali di constatazione [...]) siano interamente acquisibili al fascicolo del dibattimento, ma utilizzabili soltanto per la parte descrittiva non però per quella contenente valutazione o apprezzamenti. Quasi che il giudice, per poter giungere a tale separazione, non dovesse leggere e quindi conoscere l'intero atto anche per la parte non utilizzabile».

Sembra insomma che il legislatore abbia preso atto del significato di questa progressiva erosione della regola della separazione dei fascicoli, sintomatico, tra l'altro, di un certo disinteresse dalle parti al metodo orale quale regola indefettibile, e che, nel cercare un nuovo equilibrio, sia giunto alla convinzione dell'opportunità di rendere 'aperta' la composizione legale del fascicolo: oltre agli atti rientranti nelle tipologie predefinite *ex lege*, ammettere che possano esservi raccolti *tutti* gli atti che le parti intendano concordemente inserirvi¹⁰.

Per la verità, la figura del fascicolo consensuale è ancora più risalente nelle prospettive di riforma del codice vigente, ma nella versione iniziale essa presentava una struttura sensibilmente differente da quella attuale: nel già citato disegno di legge del 1994 che proponeva di introdurre nel codice l'udienza predibattimentale¹¹ si era pensato di prevedere, in caso di passaggio al dibattimento, che «su autorizzazione del

¹⁰ Nell'auspicare l'introduzione di quello che già si chiamava 'patteggiamento sulla prova' si osservava: «si tratta di trovare il coraggio per formalizzare, a livello normativo, una prassi sempre più diffusa, necessaria, ragionevole» (R. BRACCIALINI, *Futuribili della giustizia*, cit., p. 829). Per altro verso, del carattere *reattivo* di certe istanze di deformalizzazione del diritto probatorio sono significative alcune proposte estreme che ipotizzavano l'integrale travaso del fascicolo del p.m. nel *dossier* dibattimentale, salva l'opposizione dell'imputato: una sorta di trasformazione del rito abbreviato in modulo procedimentale ordinario, con sviluppo dibattimentale eventuale (cfr. V. BORRACCETTI, *Quale legalità*, cit., p. 281).

Del resto, la generale tendenza che da tempo si registra degli ordinamenti processuali moderni a condizionare alla volontà delle parti il rispetto delle regole istruttorie è comunemente spiegata – in chiave critica – come reazione ad un sistema probatorio «sovraformalizzato» che rende «il tribunale penale facile preda di ingegnosi avvocati difensori» in grado di prolungare a piacimento i procedimenti fino a farli naufragare nella prescrizione; ecco «il flagello degli accordi, il *deal*, la "giustizia negoziata"» (W. HASSEMER, *Warum Strafe*, cit., p. 182).

¹¹ D.d.l. n. 899 del 1994 (*retro*, cap. II § 2).

giudice», gli atti contenuti nel fascicolo del p.m. per i quali vi fosse «la richiesta o il consenso del difensore dell'imputato», fossero acquisiti al fascicolo dibattimentale, e la medesima soluzione era stata poi riprodotta nell'iniziativa legislativa che poi confluì nel d.d.l. da cui esitò la l. n. 479 del 1999¹².

Rispetto a tale struttura imperniata sul consenso dell'imputato non tardò ad apparire censurabile che – in un sistema fondato sulla pari partecipazione delle parti – la difesa fosse unica interlocutrice del giudice ai fini dell'acquisizione di materiale investigativo, e che il pubblico ministero non potesse esprimersi in ordine al recupero di atti di indagine¹³.

Dopo alcune proposte emendative che valorizzavano il consenso delle parti attribuendo alle stesse la possibilità di concordare «l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, per i quali vi [fosse] richiesta o consenso dell'imputato o del suo difensore, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva» – e dunque sempre privilegiando la difesa¹⁴ – si giunse attraverso successivi passaggi alla attuale formulazione secondo cui «le parti possono concordare l'acquisizione al fascicolo per il dibattimento degli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, nonché della documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva»¹⁵.

Queste negoziazioni sono consentite, in termini identici, in due se-

¹² Si tratta della proposta di legge n. 1182 («Modifiche al codice di procedura penale in materia di udienza preliminare e di procedimenti speciali») presentata il 23 maggio 1996 da Luigi Saraceni, poi confluita nel testo unificato del d.d.l. n. 441, approvato nel 1999 come «legge Carotti». L'anticipazione di tali operazioni propedeutiche avrebbe alleviato il lavoro dibattimentale, concentrandolo sulle fasi dell'istruzione e della discussione, riducendo – nel contempo – la conoscenza dell'organo dibattimentale circa gli atti investigativi, derivante dalle incursioni nel fascicolo del p.m., spesso necessarie a decidere su questioni e istanze di parte. Sulla proposta v. le osservazioni complessivamente favorevoli di M. D'ANDRIA, *Alla ricerca del giudice perduto*, cit., p. 31.

¹³ Una «autarchia difensiva»: H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 126.

¹⁴ Cfr. R. DEL COCO, *Diponibilità della prova*, cit., p. 101 ss.; A. PROCACCINO, *Il negozio probatorio*, cit., p. 105 ss.

¹⁵ Sulla scelta di riprodurre inalterato nell'art. 493 comma 3 il testo dell'art. 431 comma 2, v. G. CIANI, *Le nuove disposizioni* cit., in AA.VV., *Il processo penale*, cit., p. 578, secondo cui le due norme operano su un piano di totale autonomia, non essendo precluso alle parti un accordo in sede di atti introduttivi e, in particolare, al momento delle richieste di prova, né «successivamente, in relazione ad atti e documentazione rimasti estranei al primo accordo».

di diverse: la prima nell'udienza preliminare, a ridosso del confezionamento del fascicolo (art. 431 comma 2), e l'altra nel dibattimento, in occasione delle richieste di prova (art. 493 comma 3)¹⁶.

Una fattispecie speciale di accordo per l'acquisizione al fascicolo di «dichiarazioni» è stata – successivamente – introdotta, nell'ambito della disciplina delle contestazioni nell'esame testimoniale, dalla l. 1° marzo 2001, n. 63.

2. PRECEDENTI

L'idea che la volontà delle parti possa in qualche modo incidere sul materiale probatorio utilizzabile ai fini della decisione non è sconosciuta alla nostra tradizione, e risale addirittura al «primo codice del regno»¹⁷. Pur ispirato al principio dell'oralità del dibattimento¹⁸, il codice del 1865 contemplava infatti ben due fattispecie istruttorie negoziali.

L'art. 294 c.p.p. 1865 consentiva la lettura delle dichiarazioni istruttorie del testimone o perito impossibilitato a comparire «per malattia od altra grave cagione», su richiesta di una parte e col consenso delle altre, sempre che il giudice non avesse ritenuto opportuno delegare l'esame¹⁹. Il recupero della prova già formata era, dunque, subor-

¹⁶ Discipline particolari di acquisizione concordata sono previste nei riti differenziati. Una è dettata per il procedimento a citazione diretta: data l'assenza della fase dell'udienza preliminare, l'unico spazio per questi patti sul fascicolo – che qui viene formato dal p.m. – è stato ritagliato dall'art. 555 comma 4 all'interno dell'udienza di comparizione che caratterizza il rito. In assenza di una previsione *ad hoc*, l'applicazione del regime ordinario degli accordi avrebbe incontrato difficoltà, per le speciali regole che in quel rito si incuneano all'interno della normativa ordinaria sul dibattimento (G. GARUTI, *Il procedimento*, cit., p. 159 ss.). Sulla disciplina della fascicolazione degli atti nel rito monocratico rito, v. *retro*, cap. II § 4.

Un'altra concerne il rito del giudice di pace: manca, anche qui, l'udienza preliminare, e il fascicolo è formato in dibattimento davanti al giudice dibattimentale: art. 29 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274. Il comma 7 di tale disposizione colloca in quella sede la prima ed unica occasione per acquisizioni concordate, consentite in termini sovrapponibili a quanto accade nel procedimento togato, salvo che per il riferimento, tra gli atti acquisibili, alla documentazione allegata al ricorso immediato dell'offeso (E. GALLUCCI, *La competenza penale*, cit., p. 44).

¹⁷ F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, cit., p. 91.

¹⁸ L'art. 311 primo comma c.p.p. 1865 vietava, a pena di nullità, la lettura della deposizione scritta dei testimoni, a prescindere dalla indicazione nella lista.

¹⁹ BORSANI - CASORATI, *Codice*, cit., p. 386; F. SALUTO, *Commenti al codice*, cit., p. 297: «questa disposizione [...] se intacca alquanto l'oralità del giudizio, è un maggiore ossequio a' diritti delle parti. Conciossiaché ove la Corte o il Tribunale ritenga non ne-

dinato a due condizioni: a) un'oggettiva, comprovata, impossibilità del teste a comparire; b) la concorde volontà di chi avrebbe dovuto partecipare all'escussione²⁰. Il giudice era mero ricognitore delle condizioni previste dalla legge, poichè il coagulo delle volontà delle parti determinava il dovere di disporre la lettura delle dichiarazioni del testimone impedito²¹.

L'altra figura di accordo era nell'art. 311, terzo comma, c.p.p. 1865: fuori dai casi di impedimento a comparire, le parti concordi potevano acconsentire alla lettura delle deposizioni rese nel corso dell'istruttoria dai testimoni non comparsi, ma soltanto «a titolo di semplici indicazioni e chiarimenti»²²; qui la *ratio* del recupero era meramente economica: a differenza della fattispecie precedente, l'escussione orale sarebbe stata comunque possibile. Perciò il verbale letto non diventava prova *pleno iure*, visto che la mancata comparizione senza un comprovato impedimento gettava ombre sulla credibilità della fonte²³.

Tra i due patti istruttori c'era una differenza: nel primo caso l'atto assumeva valore pieno di 'prova', nel secondo la dichiarazione resa nell'istruzione era *adminiculum* (differenza importantissima per la nostra sensibilità, assai meno *illo tempore*²⁴). Ai fini che qui interes-

cessaria né utile la deposizione del testimone o perito impedito a comparire in modo che passi oltre a spedizione della causa senza farsi carico di quella, possono le parti pensare altrimenti, e potranno tutelare gli elementi di pruova facendo istanza che si desse lettura della deposizione scritta ».

²⁰ In mancanza di espresse indicazioni normative in ordine al *quomodo* della richiesta e del consenso, si riteneva che l'istanza potesse provenire da qualunque parte senza particolari formalità (BORSANI - CASORATI, *Codice*, cit., p. 386).

²¹ F. SALUTO, *Commenti al codice*, cit., p. 297: «ma che qualunque sia la parte che faccia questa istanza, sia l'imputato od accusato, il P.M. o la parte civile, appena promossa, se le altre parti non si oppongano, il collegio è nel dovere di ordinarla; di guisaché ricusando di provvedere analogamente, la deliberazione contraria, o il silenzio, previa protesta della parte istante, sarebbe soggetto alla censura della Corte di Cassazione, disconoscendo un diritto che, in termini formali, è stato accordato alle parti». Per BORSANI - CASORATI, *Codice*, cit., p. 386, il diniego era causa di nullità.

²² Mancando un legittimo impedimento la mancata comparizione del testimone suonava sospetta, minando l'attendibilità della fonte, ecco perché a differenza che nel primo caso, la lettura non bastava a trasformare la dichiarazione precedente in prova *pleno iure* (E. GIANTURCO, *La prova per documenti scritti*, cit., p. 276).

²³ Si voleva evitare che «il bisogno indeclinabile dell'audizione di un testimone» inchiodasse il processo «e non di rado anche non ostante la poca importanza della deposizione» (F. SALUTO, *Commenti al codice*, cit., p. 421). In effetti, «solo ragioni di economia processuale potevano spiegare la rinuncia ai vantaggi della diretta audizione del teste» (P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 100).

²⁴ Ed era, di fatto, annullata dalla giurisprudenza. La formula 'a titolo di semplici indicazioni e chiarimenti' era avvertita come confliggente «col principio informatore del [...] sistema probatorio, con l'intimo convincimento dei giudici e dei giurati, alla coscienza dei quali è affidata la libera estimazione del valore da attribuirsi ad una te-

no, è significativo il tratto comune: alla volontà concorde delle parti – di *tutte*²⁵ – la legge conferisce la forza di derogare alle regole ordinarie dell'accertamento.

Torna utile questa idea, nell'interpretare i *nostri* accordi, come è utile ricordare l'ulteriore deroga all'oralità apportata dalla giurisprudenza, la quale – mostrando di concepire l'oralità come garanzia difensiva – riteneva sanabile per acquiescenza la nullità derivante dalla violazione del divieto di lettura²⁶.

La deroga consensuale all'oralità viene addirittura potenziata nel codice liberale Finocchiaro-Aprile. Non solo divenne norma la giurisprudenza sulla sanabilità della trasgressione dei divieti di lettura²⁷, ma, soprattutto quel codice introduceva una previsione fino ad allora inedita, secondo cui le parti potevano rinunciare *preventivamente* al rispetto del metodo orale, indicando «i nomi dei testimoni esaminati dal giudice con le norme dell'istruzione formale, con o senza giuramento» chiedendo solo la lettura delle deposizioni; se nessun avesse richiesto la citazione, questa sarebbe stata sufficiente a formare la prova²⁸, mentre il giudice avrebbe potuto convocare d'ufficio il testimone ove avesse ritenuto utile «raccolgere oralmente e immediatamente la dichiarazione». Un'altra norma permetteva alle parti (anche qui) di accordarsi per la lettura delle deposizioni «di testimoni esaminati dal giudice con le norme dell'istruzione formale, purché compresi nelle liste, e a patto che ne fosse stata ordinata la citazione (art. 404 c.p.p. 1913). In en-

stimonianza scritta o orale che sia» (BORSANI-CASORATI, *Codice*, cit., p. 371). Nello stesso senso, E. GIANTURCO, *La prova per documenti scritti*, loc. ult. cit.: «nell'animo dei giudici, togati o no, aveva in fondo lo stesso valore che la lettura fosse fatta a titolo di semplice schiarimento o di vera e propria prova: si richiederebbe un dominio e un controllo su sé stessi anormale, perché fosse diversamente».

²⁵ SALUTO, *Commenti al codice*, cit., p. 422: «sarebbe necessario, per la legittimità della lettura della deposizione, il consenso reciproco delle parti; di guisaché basterebbe il dissenso di una di esse per non ammettersi la enunciata lettura».

²⁶ Cfr. l'attenta analisi di R. DEL COCO, *Disponibilità della prova*, cit., p. 30 che nota come quella giurisprudenza fosse ispirata dalla norma contenuta nell'art. 251 del codice per il Regno delle Due Sicilie, che sanciva la "cessazione" delle nullità derivante dalla esecuzione della lettura vietata.

²⁷ P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 237, nota come «fra le varie condizioni imposte dalla legge per la lettura dibattimentale degli atti o documenti (consenso di parte, ordine di citazione del teste, morte, assenza, inabilità del teste, ecc.), quella del consenso di parte, inteso anche alla stregua di semplice mancata opposizione, assumesse in concreto un rilievo ben maggiore di tutte le altre, mostrandosi di per sé sufficiente a sanare qualsiasi violazione».

²⁸ R. DE NOTARISTEFANI, sub *Art. 367*, cit., p. 182: «si affida dalla legge al consenso del pubblico ministero e di tutte le parti» la valutazione circa la sufficienza «di una testimonianza mediata e scritta».

trambi i casi l'atto istruttorio assumeva, in forza della volontà delle parti, pieno valore probatorio, essendo sparito il limite d'uso dell'art. 311 c.p.p. 1865: la lettura della dichiarazione scritta diventa «equipollente dell'esame immediato del teste»²⁹.

I due meccanismi vennero replicati nel codice Rocco. Ai sensi dell'art. 415 comma 4 c.p.p. abr., le parti concordi potevano optare tra lettura del verbale e audizione diretta³⁰: ognuno nella propria lista poteva chiedere in luogo della citazione di un teste sentito in istruttoria, la lettura del verbale, col consenso espresso o tacito degli altri³¹. Ai sensi dell'art. 462 c.p.p. abr. si poteva invece dar lettura di deposizioni istruttorie³² (a condizione che i testi fossero stati indicati in lista e che ne fosse stata ordinata la citazione³³) quando le parti erano d'accordo, così manifestando una valutazione di sostanziale superfluità dell'escussione³⁴. Anche qui, l'accordo non impegnava il giudice: ogni qualvolta

²⁹ P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 208.

³⁰ «Saggia direttiva questa, che ha suggerito di accordare ai contraddittori una certa qual disponibilità della prova» (F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., p. 208)

³¹ La volontà delle parti poteva convergere in un accordo espresso quando ognuna di esse avesse chiesto nella rispettiva lista la lettura del verbale, oppure risultare da una non opposizione rispetto all'altrui iniziativa: F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., 208, nt. 82.

³² «Un vero e proprio potere dispositivo, condizionante in pieno l'attività del giudice che in difetto di una volontà positiva delle parti non può procedere alle letture» (C. MASSA, *Il principio dispositivo*, cit., p. 351).

³³ Benché la norma dicesse «anche se non sono comparsi», secondo un'impostazione l'istituto doveva operare *solo* in caso di mancata comparizione: ove il teste fosse comparso il principio di oralità esclude la sostituibilità dell'esame con la lettura del verbale (l'ipotesi di lettura in presenza del teste comparso si trovava già disciplinata dal n. 2, che consentiva una *lectio* a scopo euristico, cosicché non si spiegherebbe una ulteriore previsione di lettura delle dichiarazioni del teste comparso); l'inciso era ritenuto perciò un'escrescenza verbale (F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., p. 211, nt. 87; conforme G. FOSCHINI, *Sistema*, cit., p. 452). A tale ricostruzione è stato obiettato che in realtà la lettura su accordo conserva una sua funzione autonoma, anche nell'ipotesi di comparizione, rispetto alla lettura delle dichiarazioni difformi o in aiuto alla memoria: mentre è sempre possibile alla parte interessata sollecitare il giudice alla contestazione della dichiarazione difforme o ad aiutarne la memoria a meri fini di critica della deposizione dibattimentale, l'accordo delle parti conseguiva un effetto maggiore, valendo a consentire l'acquisizione come prova del *dictum* anteriore; ciò spiega perché la lettura a fini euristici poteva esser disposta *motu proprio* dal giudice, mentre la lettura con effetti di acquisizione probatoria richiedeva (almeno) il consenso degli interessati (P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 330, conforme, M. BARGIS, *Profili sistematici*, cit., p. 93)

³⁴ Il consenso rappresentava «l'indice più sicuro» che la deroga all'oralità non nuoceva agli interessi delle parti (P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 324). Cfr. pure GIU. SABATINI, *Il Codice*, cit., p. 262; C. MASSA, *La pubblicità e l'oralità*, cit., p. 174.

non avesse ritenuto opportuno rinunciare all'esame orale del teste, il giudice avrebbe potuto procedere all'escussione diretta della fonte di prova.

Insomma, l'espedito di speculare sulla volontà delle parti per conseguire obiettivi di economia processuale è già stato ampiamente sperimentato in passato³⁵. Gli accordi sulla formazione del fascicolo riecheggiano così, vistosamente, le richieste di lettura di verbali istruttori formulate dalle parti nelle liste predibattimentali.

Ma la diversità dei rispettivi sistemi processuali rendono incomparabilmente più significativa la portata dei patti istruttori di oggi. In *quei* sistemi il giudice aveva, per un verso, il compito di selezionare le prove per la decisione, e per altro verso, si avvaleva dell'enorme bagaglio informativo assicurato dal fascicolo processuale.

L'importanza di quelle iniziative concordate era dunque assai ridotta nell'economia della provvista istruttoria: *a)* perché in ogni caso il ruolo degli apporti delle parti era marginale rispetto al potere del giudice; *b)* perché tale potere – stimolato dalla conoscenza dei trascorsi procedimentali – si esprimeva assai spesso attraverso il recupero, mediante lettura, dei verbali dichiarativi prodotti dall'istruzione formale; *c)* perché, proprio in virtù di tale pre-conoscenza, quei verbali – anche ove non rievocati pubblicamente – pesavano comunque, e qualsiasi lettura eventualmente pattuita valeva a legittimare valutazioni che in ogni caso il giudice avrebbe potuto effettuare, a condizione di non farne cenno in motivazione.

Nell'impianto del nuovo codice, invece, le fattispecie consensuali sono capaci di incidere non soltanto sul regime di utilizzabilità degli atti (compiuti prima del giudizio) ma anche sulla suddivisione delle conoscenze tra il giudice e le parti, che rappresenta nel sistema del doppio fascicolo il primo presidio del metodo probatorio orale.

Teniamo però ora a mente, delle figure consensuali ora descritte una serie di dati, utili a leggere l'istituto attuale e a risolvere le questioni interpretative che quest'ultimo ha sollevato (v. *infra*, cap. V § 4).

L'accordo tra le parti doveva essere *unanime*³⁶; l'accordo non privava mai il giudice del potere di disporre l'esame della fonte; l'accordo era *vincolante* per il giudice, nel senso che questi era tenuto a disporre

³⁵ Non stupisce che l'idea fosse presto affiorata anche nel corso della lunga gestazione della riforma del codice Rocco. Nel disegno di legge delega del 1974 si prevedeva la lettura dibattimentale degli atti contenenti dichiarazioni, in caso di irripetibilità dell'atto oppure sull'accordo delle parti (D. SIRACUSANO, *Le disposizioni*, cit., p. 1128).

³⁶ Secondo una diffusa ricostruzione dottrinale: per tutti cfr. G. CASTELLANO, *Il Codice*, cit., p. 187.

la lettura del verbale³⁷; il consenso doveva riguardare *tutta* la deposizione³⁸; il consenso doveva essere prestato in relazione a ciascuna *determinata* deposizione, perché «un consenso generale a qualunque lettura costituisce una rinunzia completa alla immediatezza della prova e non può avere efficacia»³⁹.

3. PROSPETTIVE APPLICATIVE

In un sistema in cui le indagini sono prevalentemente svolte dal p.m. o dalla polizia giudiziaria, e indirizzate a dare consistenza all'addebito penale da formalizzare nell'imputazione, dovrebbe essere caso raro che, approdato il procedimento alla fase del giudizio, le parti si trovino d'accordo ad acquisire atti delle indagini preliminari, così cristallizzando informazioni senz'altro utilizzabili ai fini della decisione.

Ma basta una più attenta analisi a far intravedere diverse prospettive applicative. Il primo ambito che viene in mente – quello più naturale, rispetto alla *ratio* – riguarda tutte le informazioni rispetto alle quali l'elaborazione in contraddittorio è avvertita da entrambe le parti scarsamente utile in quanto inadeguata a fornire contenuti cognitivi diversi da quelli registrati dalle indagini. Si pensi al verbale di constatazione redatto dalla Guardia di Finanza, o alla consulenza tecnica commissionata dal pubblico ministero sulla sostanza stupefacente sequestrata⁴⁰. Quando non siano contestati i risultati delle analisi, perché nessuna delle parti ha motivo di dubitare della loro affidabilità, rappresenta un impiego razionale dei tempi dibattimentali la scelta di acquisire al fascicolo le relazioni dei tecnici, risparmiando i tempi necessari a pro-

³⁷ GIU. SABATINI, *Il codice*, cit., p. 264.

³⁸ «La legge richiede il consenso alla lettura di tutta la deposizione; non è ammissibile un consenso limitato alla lettura soltanto di una parte e deve avere valore di dissenso completo» (DE NOTARISTEFANI, sub *Art. 404*, cit., p. 593).

³⁹ DE NOTARISTEFANI, sub *Art. 404*, loc. ult. cit.

⁴⁰ Ravvisa in queste ipotesi le più frequenti occasioni applicative dell'istituto S. CORBETTA, *Commento agli artt. 38-40*, cit., p. 411. In relazione al *narcotest*, la giurisprudenza prevalente, negando a tali atti il carattere di irripetibilità, esclude – correttamente – che essi possano essere inclusi nel fascicolo ai sensi dell'art. 431 comma 1 (Cass., Sez. IV, 13 febbraio 1991, Cimarrusti, in *C.E.D. Cass.*, n. 187445), e considera altresì inammissibile l'audizione dibattimentale dell'operatore tecnico (Cass., Sez. IV, 25 giugno 1998, Querci, in *Arch. n. proc. pen.*, 1999, p. 206). Per i verbali di constatazione in materia di illeciti tributari l'inserimento nel fascicolo è talvolta ammesso, ma con possibilità d'impiego probatorio limitato alle parti in cui riproducano situazioni di fatto (ad es., dati contabili) esistenti in un dato momento e suscettibili di modificazione (Cass., Sez. III, 15 gennaio 1998, Bormolini, in *Giur. it.*, 1998, c. 1680).

curare la loro presenza in giudizio e a raccogliere le loro dichiarazioni orali col metodo della *cross examination*⁴¹.

La rigidità del sistema del doppio fascicolo rendeva inevitabili inutili riproposizioni dibattimentali di comunicazioni di reato così corpose, o così risalenti, che i funzionari chiamati a deporre non potevano che essere autorizzati a consultare il verbale 'in aiuto alla memoria', ai sensi dell'art. 514 comma 2 e 499 comma 5: l'escussione si riduceva spesso alla mera reiterazione delle informazioni già documentate dal verbale, rispetto alle quali la fonte nulla sapeva aggiungere. È evidente che in questi casi il canone dell'immediatezza risultava rispettato solo formalmente⁴².

Lo stesso discorso vale per la denuncia di furto rilevante nel processo per ricettazione, l'analisi di campioni effettuata senza le garanzie di cui all'art. 223 disp. att., la relazione su movimentazioni bancarie, la comunicazione relativa a rilevazioni contabili⁴³. L'accordo può peraltro riguardare materiali formati, pur fuori dal dibattimento, ma con la piena partecipazione dei contendenti, come le dichiarazioni assunte in udienza preliminare⁴⁴.

I contendenti che negoziano vogliono «sgombrare il campo da una serie di accertamenti di fatto per i quali non vi è interesse ad effettuarli in contraddittorio, concentrando gli sforzi sui punti realmente controversi, decisivi per le sorti del processo»⁴⁵. La parte che consente all'acquisizione della prova raccolta unilateralmente dall'avversario riconosce che la propria partecipazione ad una (pur possibile) escussione dibattimentale non ne modificherebbe l'esito in modo significativo.

Secondo la dottrina, la *ratio legis* riposa su considerazioni di ordine epistemologico: la rinuncia di tutte le parti all'elaborazione dibattimentale della prova, essendo epistemologicamente significativa, surroga il contraddittorio probatorio⁴⁶, oppure – secondo una ricostruzione

⁴¹ Apprezza positivamente i vantaggi delle acquisizioni concordate M. D'ANDRIA, *Alla ricerca del giudice perduto*, cit., p. 34.

⁴² E. APRILE - E.M. SANGUINETI, in AA.VV., *La pratica penale*, cit., p. 370.

⁴³ U. NANNUCCI, *Funzionalità del processo penale*, cit., p. 1887.

⁴⁴ G. LAVENA, *I poteri di integrazione*, cit., p. 19 del dattiloscritto, nota come il tasso di contraddittorio negli esami orali in udienza preliminare è spesso finanche superiore a quello richiesto dalla legge (art. 422) perché il giudice, anziché condurre personalmente l'esame, autorizza le parti ad interrogare direttamente il teste per evitare la 'trasmissione' delle domande.

⁴⁵ P. MOROSINI, *Il giudice*, cit., p. 1260.

⁴⁶ La ricostruzione si deve a G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive*, cit., p. 1128, secondo il quale il consenso all'uso probatorio dell'atto di indagine è epistemologicamente significativo, fino a costituire un succedaneo della formazione dialettica della

parzialmente diversa, sulla quale si tornerà a breve – costituisce una particolare modalità di attuazione di esso⁴⁷.

Se in tali considerazioni risiede la giustificazione dell'istituto dal punto di vista *teorico-dogmatico*, gli *obiettivi politici* perseguiti dal legislatore (la c.d. *voluntas legis*) sono evidentemente di natura economica: la scelta normativa «sottende il bilanciamento tra esigenze di corretto accertamento dei fatti e contenimento di tempi e risorse nella definizione del processo»⁴⁸. In altri termini, il sistema processuale sfrutta a fini economici i contingenti interessi delle parti allo scopo di risparmiare i tempi ed il lavoro richiesti dalla formazione della prova secondo il metodo dell'oralità⁴⁹.

Le perplessità che hanno accompagnato l'istituto fin dalla sua comparsa nel codice riguardano tuttavia, prima ancora che il bilanciamento di valori – tra metodo probatorio orale e speditezza processuale – i moventi che possono essere sottesi alle scelte negoziali consentite dalla legge, che sono i più disparati, tanti quante le strategie probatorie concepibili in un processo di parti, e non tutti epistemologicamente significativi.

La parte può consentire o proporre l'acquisizione di un risultato investigativo fallace per cristallizzarlo, ed evitare approfondimenti dibattimentali che potrebbero svelarne la fragilità; oppure al contrario, può farlo per evitare che l'escussione orale rafforzi la attendibilità della fonte o fornisca ulteriori informazioni probatorie nocive ai propri asunti; o ancora perché la fonte è sì genuina, ma psicologicamente non adatta a «reggere» l'escussione dibattimentale, sicché è concreto il rischio che quest'ultima possa attenuarne la credibilità.

Una parte potrebbe consentire all'allegazione di una certa informazione investigativa soltanto perché non ha interesse a contestarla, oppure allo scopo di barattare il proprio assenso con quello dell'antagonista in relazione ad un diverso atto d'indagine. È finanche pensabile un consenso della difesa a far transitare nel fascicolo processuale verbali investigativi del pubblico ministero o della polizia giudiziaria «quale contropartita al via libera ai risultati di un'indagine parallela»⁵⁰, fino all'ipotesi deontologicamente censurabile del difensore che «abbia fretta di sbarazzarsi di una causa non lucrativa»⁵¹.

prova, quando attesti la superfluità del contraddittorio. Sul punto v. pure A. NAPPI, *Guida*, cit., p. 22.

⁴⁷ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 173.

⁴⁸ P. MOROSINI, *Il giudice del dibattimento*, cit., p. 1260.

⁴⁹ R. COCO, *Disponibilità della prova penale*, cit., p. 200.

⁵⁰ L. MARAFIOTI, *Prova negoziata*, cit., p. 2944.

⁵¹ P. MOROSINI, *Il giudice del dibattimento*, cit., p. 1260.

Talvolta si tratta di documenti, che la parte interessata potrebbe ben produrre in dibattimento nei modi previsti dagli artt. 493 e 495, come la relazione del curatore fallimentare nei processi di bancarotta⁵², ma è possibile che tutti i contendenti trovino conveniente sottoporli *da subito* al giudice affinché questi disponga di elementi di conoscenza che l'aiutino a comprendere i percorsi probatori che esse intendono intraprendere, ed a ben interpretare le richieste di prova.

Altrove possono venir in gioco questioni specialistiche, in presenza delle quali parti trovano opportuno mettere a disposizione del giudice le rispettive relazioni di consulenza tecnica, affinché lo stesso abbia da subito gli elementi necessari per decidere se disporre una perizia⁵³.

Altre volte ancora all'acquisizione concordata è sottesa la considerazione di interessi extraprocessuali, di tutela dei soggetti 'deboli', per condizioni di salute o età, rispetto all'onerosità della prestazione testimoniale⁵⁴.

Ma – in ogni caso – a prescindere dalle concrete e contingenti utilità perseguite dalle parti, resta indiscutibile che esse trovino tutela solo indirettamente, nella misura in cui siano coerenti o non incompatibili alla suaccennata *ratio legis*.

Ove il movente perseguito da uno o da tutte le parti rischi di pregiudicare l'accuratezza dell'accertamento, la disciplina legislativa contiene antidoti – affidati al controllo reciproco delle parti processuali e ai contropoteri del giudice – per disinnescare o comunque ridurre gli effetti nocivi.

Da un lato, in questi patti *una parte sorveglia l'altra*: è propria dei sistemi accusatori l'idea del *party control* anche sul fenomeno proba-

⁵² «La relazione del curatore ex art. 33 l. fall. non può essere acquisita senza il consenso di tutte le parti prima del suo esame in dibattimento» (Trib. Milano, 9 febbraio 2004, in *Foro ambr.*, 2004, p. 54).

⁵³ G. LAVENA, *I poteri di integrazione probatoria*, cit., p. 19, il quale rileva come in tali casi la scelta negoziale non implica alcuna rinuncia all'esame orale dei consulenti, poiché l'intento delle parti è solo quello di «permettere al giudice di conoscere da subito le questioni in discussione, di impratichirsi col linguaggio (sovente iniziatico) proprio della materia e di valutare da subito la possibilità di disporre una perizia, eventualmente prendendo tempestivi contatti con gli esperti da nominare». R. MAGI, *Accordi*, cit., p. 766, esclude che gli accordi sul fascicolo possano riguardare documenti, che ogni parte potrebbe comunque produrre in dibattimento. L. IAFISCO, *La sentenza penale*, cit., p. 230 ipotizza accordi per l'acquisizione di prove documentali, tra le quali ritiene annoverabili le sentenze ex art. 238-bis.

⁵⁴ G. LAVENA, *I poteri di integrazione probatoria*, cit., p. 19; P. MOROSINI, *Il giudice del dibattimento*, cit., p. 1260.

torio. Quando una parte acconsente o propone l'acquisizione del verbale 'sfavorevole' perché si tratta di un atto carente o incompleto, il controinteressato dovrebbe intercettare il rischio e neutralizzarlo.

Ma, senza arrivare all'ipotesi della *combine* in frode al giudicante, resta il fatto che il contraddittorio serve al giudice prima ancora che alle parti: ecco perché il legislatore ha interpolato nell'art. 507 un comma 1-*bis*, che consente all'organo su cui grava la responsabilità della decisione di rivendicare la necessità, o anche solo l'utilità, dell'escussione orale cui le parti hanno rinunciato. Se il verbale appare lacunoso o la relazione di servizio poco perspicua, egli può disporre l'acquisizione della testimonianza o l'audizione dell'operante, o anche verificare l'affidabilità dell'informazione consensualmente introdotta nel processo assumendo qualsiasi prova orale, senza alcun limite se non quelli ordinari attinenti alla tempistica dell'intervento e della sua 'assoluta necessità' ai fini decisori.

4. ACCORDI SUL FASCICOLO E PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO

Come è facile immaginare, la riconosciuta possibilità di acquisire in dibattimento, sia pure su accordo delle parti, alcuni atti delle indagini preliminari, è stata per lo più vissuta come una significativa incrinatura di un sistema che invece aspirava a realizzare la tendenziale irrilevanza delle attività 'istruttorie'. L'innovazione ha subito innescato una serie di interrogativi intorno ai rapporti di questa fattispecie istruttoria negoziale e il principio del contraddittorio nella formazione della prova, che – proprio in concomitanza con l'introduzione del nostro istituto – è stato introdotto tra i canoni del giusto processo costituzionale⁵⁵.

L'impostazione della questione si è concentrata per lo più sulla possibilità (o meno) di riconoscere nell'«accordo delle parti» un sinonimo di quel «consenso dell'imputato» che deroga l'ordinaria formazione in contraddittorio della prova, per verificarne la tenuta costituzionale e la compatibilità col sistema.

La soluzione prevalente è nel senso di rinvenire il fondamento costituzionale di questi accordi nella previsione del consenso dell'impu-

⁵⁵ La cd. Legge Carotti è entrata in vigore cinque giorni prima del nuovo art. 111 Cost.: la prima pubblicata sulla *Gazzetta ufficiale* del 18 dicembre 1999; l'altra pubblicata il 23 dicembre 1999; solo il 500 comma 7 è invece riconducibile ad una novella non coeva, vale a dire la l. 1° marzo 2001, n. 63.

tato che il quinto comma dell'art. 111 Cost. annovera tra gli elementi in presenza dei quali la legge ordinaria può prevedere fattispecie di formazione della prova in assenza di contraddittorio⁵⁶.

Lo stesso fondamento della deroga è però controverso e da subito è stato oggetto di serrate riflessioni. Anzitutto, visto che l'art. 111 Cost. autorizza il legislatore ordinario a prevedere fattispecie carenti di contraddittorio in presenza di tre situazioni, tra le quali figura quella del consenso dell'imputato al riconoscimento di valore probatorio a dati ottenuti segretamente, ci si è chiesti se quest'ultima previsione non solo permette l'acquisizione al processo di una determinata informazione probatoria, ma anche impone al legislatore di assicurare all'imputato un diritto all'acquisizione quando questi ne manifesti la volontà.

Difficile ritenere che la Costituzione abbia riconosciuto al solo imputato il potere di conferire valore probatorio ad informazioni che di regola ne sono prive, di tal ch  quest'ultimo, rinunciando al metodo dibattimentale acquisirebbe il diritto a veder valutati quei dati dal giudice⁵⁷. Cos  opinando, dovremmo reputare contraria al precetto costituzionale ogni disposizione del codice in cui il consenso sia elemento costitutivo necessario ma non sufficiente, di una fattispecie complessa, nella quale sia contemplata anche la volont  del p.m. o delle altre parti processuali.

In realt , la Costituzione si limita a consentire al legislatore di prevedere «fattispecie astratte nelle quali, una volta acquisto il consenso dell'imputato, la formazione della prova non deve avvenire in contraddittorio»⁵⁸, salva la possibilit  che quest'ultimo, valutando la specifi-

⁵⁶   la tesi prevalente: H. BELLUTA, *Riflessioni sui poteri*, cit., p. 1536 ss.; Id., *Nuovi poteri istruttori*, cit., p. 75; Id., *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 134; A. CAMON, *Accordi processuali*, cit., p. 63; F. CAPRIOLI, sub Artt. 25-26 l. 16-12-1999, n. 479, cit., p. 293; C. CESARI, *Prova (acquisizione della)*, cit., p. 716-717; D. CHINNICI, *L'incursione della 'prova negoziata'*, cit., p. 864 ss.; EAD., *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 121 ss.; G. CIANI, *In dibattimento*, cit., p. 67; A. DE CARO, *Percorsi legislativi*, cit., p. 3212; R. DEL COCO, *Disponibilit  delle prova penale*, cit., p. 201 ss.; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 169; C. FIORIO, *La prova nuova*, cit., p. 110; B. GALGANI, *Commento all'art. 40 l. 16-12-1999*, n. 479, cit., p. 505; G. GIOSTRA, *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 8; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 89; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 559; L. MARAFIOTI, *Prova "negoziata"*, cit., p. 2933 ss.; P. MOROSINI, sub Artt. 41-43 l. 16-12-1999, n. 479, cit., p. 413; P. MOSCARINI, sub Art. 493, cit., p. 4641; A. PROCACCINO, *Il ruolo dell'imputato*, cit., c. 688; A. SCAGLIONE, *Dichiarazioni procedimentali*, cit., p. 68; S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 223.

⁵⁷ C. CONTI, *Principio del contraddittorio*, cit., p. 600.

⁵⁸ E. MARZADURI, sub Art. 1 l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, cit., p. 801; M. BARGIS, *La nuova disciplina*, cit., p. 164.

che esigenze dell'accertamento, condizioni il valore probatorio dell'atto alla sussistenza di requisiti ulteriori.

In questa prospettiva, il legislatore avrebbe combinati l'elemento del consenso dell'imputato con altri fattori (il consenso degli altri contendenti) per costruire una fattispecie probatoria che, pur se priva di contraddittorio, fosse epistemologicamente efficiente e dunque coerente, in fondo, alla logica della regola alla quale essa fa eccezione⁵⁹.

La partecipazione di tutti i virtuali contraddittori alla metamorfosi probatoria riduce la distanza tra l'atto preformato e la prova elaborata dialetticamente⁶⁰, poiché la convergenza di intenti attesterebbe la fungibilità tra atto di indagine e prova⁶¹.

Ma anche questa ricostruzione non è esente da difficoltà: l'idea del 'consentire' implica l'adesione ad un atto *altrui*. Perciò, la dottrina favorevole a sostenere che gli accordi sul fascicolo siano una declinazione della deroga consensuale al principio del contraddittorio probatorio, rileva altresì come la legge n. 2 del 1999, novellando la Costituzione in un momento in cui ancora non esisteva una puntuale disciplina normativa delle investigazioni difensive⁶², avesse 'in mente' il consenso all'uso decisorio degli atti di indagine del pubblico ministero e della polizia giudiziaria: se si ritenesse costituzionalmente permesso il conferimento del valore di prova all'atto di indagine difensiva solo che l'imputato presti il proprio consenso⁶³, quest'ultimo assumerebbe un – inammissibile – senso «autoreferenziale»⁶⁴. Si attribuisce pertanto la menzione del solo imputato ad un infortunio linguistico, leggendo «consenso dell'imputato» come consenso della parte diversa da quella che ha formato l'atto unilateralmente⁶⁵.

A garantire valore epistemologico alla rinuncia al contraddittorio concorrerebbero il fatto che il consenso di cui si tratta: *a)* è un consenso 'informato', ossia fondato sulla preventiva conoscenza degli atti cui

⁵⁹ Cfr. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 143; nello stesso senso H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 135, il quale osserva che resta ferma la facoltà del legislatore ordinario di prevedere un «contributo ulteriore, espressione della tutela di valori processuali equiparabili al diritto di difesa».

⁶⁰ V. le perplessità di H. BELLUTA, *Nuovi poteri istruttori*, cit., p. 71.

⁶¹ G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., p. 9.

⁶² Questa sarebbe stata introdotta nel codice di rito solo un anno dopo, ad opera della l. 7 dicembre 2000, n. 397.

⁶³ Ipotesi «grottesca» (P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., 143).

⁶⁴ H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 135.

⁶⁵ Sulla necessità di leggere nell'art. 111 quinto comma, nella parte in cui prevede la deroga per consenso dell'imputato, il presupposto implicito dell'assenso della controparte, cfr. G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., p. 10.

si intende attribuire valore probatorio; *b)* proviene dagli stessi soggetti che sarebbero stati protagonisti del contraddittorio.

Ma se il consenso è ‘adesione all’atto della controparte’, bisogna riconoscere che a questo concetto è irriducibile la figura dell’accordo sulla composizione del fascicolo, che pretende il convergere delle volontà di *ogni* parte del processo, per l’acquisizione di *ogni* atto appartenente al fascicolo investigativo⁶⁶.

È stato osservato, infatti, come le ipotesi di acquisizione concordata di atti siano «scarsamente congruenti con il precetto costituzionale», nella misura in cui permettono «alla parte, il cui dato gnoseologico unilateralmente conseguito nelle condizioni a lei più favorevoli sia ormai processualmente conosciuto dalle altre, di vanificare – con la propria successiva opposizione ad accordarsi – l’eventuale consenso della controparte al suo uso per la pronuncia del giudice»⁶⁷.

Per la verità, può essere considerato ragionevole che il legislatore preveda sempre il consenso del pubblico ministero come condizione per l’acquisizione non soltanto di un atto di indagine difensiva, ma anche di un atto compiuto da lui stesso o dalla polizia giudiziaria, del quale l’imputato chieda l’annessione. L’arricchimento consensuale del fascicolo per il dibattimento riguarda normalmente uno o più determinati atti d’indagine, che in tal modo vengono estrapolati dal contesto investigativo in cui si inseriscono, e consegnati alla valutazione di un

⁶⁶ Cfr. C. CONTI, *Giusto processo (diritto processuale penale)*, cit., p. 638; FERUA, *Il ‘giusto processo’*, cit., p. 143, secondo cui nel giudizio abbreviato la metamorfosi probatoria degli atti difensivi, innescata dalla richiesta dell’imputato, si spiega nel contesto della più generale rilevanza attribuita all’indagine preliminare; G. GIOSTRA, *Contraddittorio*, cit., p. 10, che invece avanza dubbi sulla legittimità costituzionale dell’attuale disciplina del rito abbreviato; MADDALENA, “*Giusto processo*” e *funzione dell’accusa*, cit., p. 384, nt. 43; UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 154.

⁶⁷ UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 172, nota pure come risulti stridente rispetto al principio di ‘acquisizione processuale’ una regola che permetta «che un determinato elemento gnoseologico sia nella disponibilità della parte che ne aveva promosso l’introduzione nel procedimento». Conforme, A. CAMON, *Accordi processuali e giustizia penale*, cit., p. 67, secondo il quale sarebbe privo di giustificazione razionale il potere del p.m. di bloccare l’acquisizione di un *suo* atto (non potrebbe dipendere dallo scarso approfondimento dei temi investigativi, oggi che la disciplina del giudizio abbreviato impone obblighi di completezza). Non sarebbe che una ‘merce di scambio’ per trattative con l’imputato. Ne deriverebbe che quegli accordi «tradiscono la Costituzione», in quanto il consenso diventa «mezzo per accettare l’atto proprio». Secondo d’A. «una trasposizione perfetta» dell’art. 111, comma quinto, Cost. è invece nell’art. 78, comma 2 disp. att., che subordina al consenso di tutte le parti l’acquisizione degli atti irripetibili formati dalla polizia straniera.

giudice che quel contesto ignora: ciò può provocare «una visione parziale e distorta della realtà dei fatti»⁶⁸ rappresentati dal dato investigativo, determinando un fenomeno di vera e propria «aberrazione probatoria».

Assai chiaro l'esempio della persona, che sentita nelle indagini in diverse occasioni, abbia reso diverse versioni dei fatti, ove l'imputato proponga l'annessione al fascicolo solo di quelle concordanti coi propri assunti, come quello dell'imputato riconosciuto da diverse persone come presente sulla scena del delitto, che proponga l'acquisizione del verbale relativo all'unico ricognitore dubbioso⁶⁹. Il che spiegherebbe pure il mancato rilievo della volontà del p.m., nell'ipotesi della richiesta di giudizio abbreviato, in cui è assente il rischio ora descritto.

Resta, però, privo di una spiegazione epistemologicamente valida il consenso dell'imputato richiesto dalle norme per l'acquisizione al fascicolo dell'atto che sia prodotto dall'indagine svolta dal proprio difensore. Se nel caso particolare del giudizio abbreviato la trasformazione in prova di un atto di indagine difensiva può trovare giustificazione nella generale rilevanza attribuita nel rito *de quo* agli atti delle indagini preliminari⁷⁰, nell'ipotesi dell'accordo sulla composizione del fascicolo questa giustificazione non vale. Portando alle estreme conseguenze tale rilievo, gli accordi sul fascicolo sarebbero *in parte qua* contrari al-

⁶⁸ M. MADDALENA, "Giusto processo" e funzione dell'accusa, cit., p. 384, nt. 43, il quale ipotizza che in casi simili la prestazione del consenso da parte del pubblico ministero può essere condizionato al consenso prestato *ex adverso* rispetto all'acquisizione di altri atti, così da ridurre l'effetto distorsivo.

⁶⁹ L'espressione e gli esempi seguenti sono tratti da Trib. Roma, 2 marzo 2005, Est. Gallucci, Geat, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1917. Perplesso rispetto all'ipotesi che «il P.M. – parte pubblica con l'obbligo di accertare la verità – si opponga all'acquisizione di verbali utili all'imputato», G. GARUTI, *Il procedimento*, cit., p. 205.

⁷⁰ P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 170. Come è noto, Corte cost. 26 giugno 2009, n.184, in *Giur. cost.*, p. 2039 s., con nota di G. LOZZI e G. SPANGHER ha dichiarato infondata una questione di costituzionalità, sostenendo che il principio di parità delle armi – la cui lesione era stata lamentata – impedisce di riconoscere squilibri tra gli attori processuali nelle ipotesi in cui l'imputato, destinatario "finale" di tutte le garanzie, manifesti l'intenzione di sottrarsi alle garanzie stesse. In altre parole, il consenso necessario per accedere al giudizio abbreviato trasporta con sé *tutti* gli atti contenuti nel fascicolo (del p.m. come del difensore) senza che questo possa ledere la posizione della parte pubblica, assegnataria di una serie di poteri incomparabili a quelli della parte privata. Essendo il contraddittorio una garanzia unica, insomma, unica e universale dovrebbe essere la sua rinuncia, perché – dice la Corte – «lo stesso imputato, rinunciando al contraddittorio nell'assunzione *anche* dei dati a sé favorevoli, rinuncia a consolidarne la valenza probatoria ad un livello più alto e certo, quale è indubbiamente quello appunto del contraddittorio».

la Costituzione⁷¹. Detto in altri termini: assoggettare al consenso dell'imputato un atto di indagine difensiva sarebbe contrario al quinto comma dell'art. 111 Cost. perché il consenso dell'imputato cui si riferisce quest'ultimo può riguardare soltanto gli atti del pubblico ministero.

D'altra parte, e più in generale, si può fondatamente dubitare che la *convergenza* delle volontà dei contendenti (anche di tutti) verso l'acquisizione di un atto d'indagine possa considerarsi *di per sé* un dato epistemologicamente significativo: si è visto quanti sono, e quanto possono esser diversi tra loro, i motivi in grado di indurre una parte processuale ad aderire alla proposta probatoria dell'altra.

La questione ha tuttavia ricevuto anche un'altra impostazione, che, pur partendo da premesse non dissimili, giunge ed esiti opposti.

In un processo di parti è naturale che il ruolo della volontà dei contendenti nella selezione e nella formazione delle conoscenze giudiziali non si esaurisce nella logica della rinuncia al contraddittorio, tipica dei riti alternativi, ma si esprime anche nella possibilità di articolare il loro contributo, scegliendo tra diverse forme di partecipazione, variabili dalla più aspra contrapposizione all'intesa.

L'approfondimento generale della logica dispositiva nella giustizia penale consente dunque di ravvisare negli accordi in discorso «non tanto l'opzione a favore di metodi unilaterali di costruzione della conoscenza giudiziale, quanto una peculiare forma di partecipazione all'elaborazione della prova *attraverso* il consenso»⁷².

Si è detto, infatti, che il principio del contraddittorio – pur implicando teoricamente una competizione agonistica degli attori processuali nell'approvvigionamento istruttorio – non lo richiede sempre e necessariamente: «ciascuna delle due entità soggettive in contrasto tra loro ha sempre la possibilità di non attivare in concreto la schermaglia conflittuale con l'altra parte, senza che tale scelta faccia venir meno la natura antagonistica del rapporto in questione»⁷³.

Così, scandagliando tra i requisiti minimi del contraddittorio probatorio, si deve riconoscere che il nucleo indefettibile non è l'effettiva partecipazione dialettica alla formazione della prova, ma la *possibilità* «che sussistano tutte le condizioni perché la fomentazione agonistica

⁷¹ Conseguenza «in sé tutt'altro che arbitraria» (P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 172).

⁷² M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit. p. 155, corsivo nostro.

⁷³ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 156.

del dibattito tra opposte posizioni possa avere luogo, senza necessità che la contrapposizione potenziale si manifesti in concreto»⁷⁴.

Riconosciuto un potere d'intervento, la contrapposizione dialettica non viene meno quando tale potere non sia esercitato: tanto che nessuno dubita che sia formata 'in contraddittorio' una testimonianza nella cui escussione una parte scelga di non rivolgere domande al testimone⁷⁵.

Spiegati così, gli accordi sul fascicolo non devono subire quella faticosa opera di riconduzione ermeneutica tra le eccezioni del quinto comma dell'art. 111 Cost., perché il loro fondamento costituzionale risiederebbe proprio nel principio enunciato dal quarto: quando le parti riconoscano l'inutilità in concreto dell'elaborazione dialettica, ammettono implicitamente che quella informazione è affidabile così com'è; altrimenti esse non stipulerebbero alcuna convenzione.

Non si può escludere che la prova nata dalla schermaglia dialettica riesca qualitativamente scadente, così come non si può escludere che un atto formato in segreto sia affidabile quanto e più della testimonianza resa nell'esame incrociato. Bisogna invece riconoscere, più francamente, che il sistema non è obbligato ad adottare modelli di formazione istruttoria che restituiscano – in ogni caso prevedibile – l'*optimum* gnoseologico⁷⁶.

È evidente – ed è una spia della plausibilità sistematica di questa ricostruzione – che considerare gli accordi sul fascicolo una modalità di esplicazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova consente di disinnescare gli alambicchi logici nei quali si inciampa per ricostruire le ipotesi di c.d. "consenso sull'atto proprio".

La riflessione classica della dottrina che vede la regola del contraddittorio probatorio in relazione alle sue eccezioni, parte dal presupposto che tra il quarto e il quinto comma dell'art. 111 Cost. vi sia una distanza incolmabile (che è la distanza che separa ogni eccezione dalla propria regola). Per evitare il cortocircuito logico, e soprattutto gnoseologico, le eccezioni alla regola vengono così riconsiderate nell'ottica del significato epistemologico della regola stessa, ossia del *concetto*

⁷⁴ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 157.

⁷⁵ D'altro canto, sui temi per i quali non vi sia contesa il dibattito langue, o è del tutto assente: così, ma in chiave critica, A. CAMON, *Accordi processuali*, cit., p. 60.

⁷⁶ Il codice prevede anche modalità partecipate di acquisizione della prova «a resa epistemologicamente differenziata» (M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 162).

di contraddittorio, ricostruendo le deroghe secondo una logica di sanatoria.

In un'ottica ancora epistemologicamente efficiente: la fattispecie "prova", non integrata da un atto d'indagine formato unilateralmente, può essere integrata anche da quell'atto, ove vi si aggiunga un fatto giuridico «idoneo a garantire che l'integrazione della fattispecie primaria non avrebbe prodotto un risultato apprezzabilmente dissimile»⁷⁷.

L'altra impostazione, invece, preso atto che 'principio del contraddittorio nella formazione della prova' significa 'radicale separazione dei fascicoli', ritiene che le eccezioni a questa regola siano giustificabili sulla base di ragioni «eminentemente politiche»: attenuare la rigidità di un sistema che in moltissimi casi non consentirebbe la celebrazione del processo⁷⁸.

Dal nostro punto di vista, però, la prima lettura ha il pregio di far emergere il substrato nucleare dell'idea di contraddittorio: una ricostruzione "archeologica" del principio è difatti utile per capire se l'accordo sul fascicolo possa essere considerato una modalità della regola o l'espressione di una sua eccezione.

Il nostro processo penale è fondato sul principio del contraddittorio. Le ascendenze *adversary* del codice vigente hanno così ricondotto l'intero paradigma dell'accertamento penale agli archetipi della filosofia della scienza: il metodo dialettico di ricostruzione del fatto come momento di confronto delle conoscenze delle parti contendenti; il processo di falsificazione delle ipotesi che compensa gli scostamenti cognitivi della ricerca individuale⁷⁹.

In questo senso, non sembra che lo schema del contraddittorio risulti violato nel caso degli accordi sul fascicolo⁸⁰.

In quello schema la conoscenza processuale *deve* essere ordinariamente generata da impulsi di parte⁸¹, e ciò avviene nel caso di una co-

⁷⁷ Per le precedenti considerazioni e citazioni cfr. G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive*, cit., p. 1132.

⁷⁸ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 161.

⁷⁹ F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 888; P. FERRUA, *Il 'giusto' processo*, cit., p. 2012, p. 99 s.; G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 1 s.

⁸⁰ Secondo A. PROCACCINO, *Il negozio probatorio*, cit., p. 43, si tratterebbe, piuttosto che di una deroga al principio del contraddittorio, di una sua specificazione, un «contraddittorio extraprocessuale», visto che la dialettica tra le parti si esercita su elementi raccolti in sede extraprocessuale «e probabilmente anche in momenti extraprocessuali»: ancorché l'accordo debba perfezionarsi in sede d'udienza, «è lecito pensare, analogamente a quanto avviene nelle ipotesi di applicazione della pena su richiesta, che le intese possano essere preparate proprio in luoghi e tempi differenti».

⁸¹ Non che i contendenti siano animate da intenti di verità, ma il contraddittorio

noscenza concordata: tra le tante possibilità logiche con cui può esitare una contesa dialettica, c'è infatti di certo anche l'accordo. In linea teorica, due soggetti che concordano un atto non sono diversi da due soggetti che, recandosi a contendere nella *cross-examination*, si trovino d'accordo rispetto a quanto dichiarato dall'esaminato.

L'accordo acquisitivo in quest'ottica sembra una 'richiesta congiunta di prova'; particolare, perché qui entrambe conoscono già, al momento della richiesta, il suo esito.

La quadratura del cerchio, però, non è perfetta. L'*actus trium personarum* ne esce comunque svilito, perché sono solo *due* le parti che partecipano a questo nuovo modo di esercizio del contraddittorio⁸². Il giudice ne viene marginalizzato, passivizzato: blindato con l'accordo tra le parti, l'atto deve essere soltanto materialmente acquisito. Da soggetto indefettibile nella generazione della conoscenza processuale il giudice rischia di somigliare ad un certificatore, impiegato ad approvare un 'progetto di fascicolo per il dibattimento'⁸³. Se ciò è meno evidente, o comunque meno grave, nei riti a prova prevalentemente pre-costituita, diventa drammatico nei riti a prova prevalentemente *constituenda*, dove l'acquisizione del verbale di sommarie informazioni è incommensurabile alla *cross-examination* del teste.

Eppure, guardando al disegno complessivo del sistema istruttorio, va considerato un dato: il potere istruttorio riconosciuto al giudice dibattimentale anche rispetto agli elementi probatori concordati dall'art. 507 comma 1-*bis* consente al giudice di recuperare un certo suo spazio nella formazione triadica della prova. In quest'ottica, l'intervento istruttorio officioso riscopre – proprio rispetto a questo tipo di inizia-

«supera e trascende gli interessi delle parti» (P. FERRUA, *Il giudizio penale*, cit., p. 286) e svolge la sua azione «senza e anche contro la volontà delle stesse» (G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio*, cit., p. 5) Se il contraddittorio rappresenta il metodo meno imperfetto di ricerca della verità, è perché esso si fonda sul confronto delle opinioni e non sulla logica dimostrativa.

⁸² «Il contraddittorio si realizza solo se le parti sono in condizione di intervenire, contrastare e discutere ogni fase del procedimento di acquisizione probatoria di fronte allo stesso giudice per il quale il contraddittorio diviene metodo esclusivo di conoscenza della vicenda processuale e fonte degli stessi elementi di giudizio» (T. PADOVANI, *Il doppio grado di giurisdizione*, cit., p. 4031).

⁸³ Ricordando la ricostruzione di M. GIALUZ, *Applicazione della pena*, cit., p. 20, i momenti di contatto con la ricostruzione del ruolo del giudice nel patteggiamento sono più d'uno: anche nel rito speciale il giudice si comporta in maniera «“qualitativamente” e “quantitativamente” diversa» dal giudice dibattimentale, essendo richiesto di un controllo su un progetto di sentenza che si presenta come qualcosa che è «ragionevole immaginare come una soluzione tendenzialmente giusta, in quanto accettata dai soggetti che dovrebbero disporre delle maggiori informazioni sul fatto», corsivo nostro.

tive istruttorie di parte – una funzione *lato sensu* garantista degli equilibri cognitivi del processo⁸⁴.

Insomma, nell'acquisizione concordata di atti al fascicolo dibattimentale si può ravvisare una valutazione di idoneità *cognitiva* del materiale, che si tramuta in una valutazione di idoneità anche *gnoseologica* quando il giudice prenda atto del materiale prodotto e provveda di conseguenza (sia ammettendo un ampliamento istruttorio, sia non ammettendolo).

E questo non perché spetti al giudice stabilire cosa sia gnoseologicamente compatibile col processo, ma perché il fatto in sé di aver considerato i materiali addotti come sufficienti realizza una conoscenza – triadica – comparabile a quella dibattimentale.

In questo senso, possiamo quindi ritenere che l'accertamento così realizzato sia comunque rispondente alle logiche di fondo del sistema istruttorio, che vogliono – a diverso titolo – il confronto necessario di tre soggetti, in posizione istituzionalmente diversa, sul materiale destinato a costituire la base cognitiva per assolvere o condannare, prima di poter chiamare questo materiale “prova”.

Questa lettura degli accordi sul fascicolo quale particolare manifestazione del contraddittorio probatorio – è stato obiettato – costituirebbe un sostanziale sabotaggio del sistema del doppio fascicolo: *a)* perché il giudicante può arrivare in dibattimento con un bagaglio informativo anche consistente, perdendo così imparzialità; *b)* perché solo un giudice ignorante coglie appieno i benefici informativi della contesa probatoria, mentre la prenoscenza sottrae valore al contraddittorio.

La violazione della *virgin mind* giudiziale va però sdrammatizzata, perché l'originaria composizione del fascicolo non esaurisce lo scibile processuale. Anzi, non ne esaurisce quasi niente: all'apertura del dibattimento la ‘vera’ istruzione deve ancora iniziare, e finché le escussioni orali non diano i loro esiti «il fascicolo per il dibattimento rappresenta

⁸⁴ Diciamo soprattutto nei casi più delicati, soprattutto quando una prova importante sia stata consensualmente dedotta dalle parti, il giudice potrebbe esercitare un ruolo gnoseologicamente ‘assicurativo’: ad evitare che la condanna si fondi in misura esclusiva o determinante su prove gnoseologicamente sospettabili, dovrebbe procedere alla ri-escussione della medesima fonte. Stiamo parlando, in pratica, di un uso dello strumento dell'integrazione probatoria officiosa all'insegna del “buon senso” processuale, un uso teoricamente molto vicino al concetto di regola di valutazione probatoria (M. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., p. 65 ss.). La prova concordata andrebbe insomma *riscontrata*, come nel caso del correo narrante. L'art. 507 finisce così per rappresentare l'ideale completamento – differito – di un contraddittorio la cui versione abbreviata (dall'accordo) potrebbe essersi rivelata cognitivamente insicura.

niente più che una raccolta di atti collazionati in maniera incompleta e frammentaria in relazione al tema del processo»⁸⁵.

A riprova dell'impossibile assimilazione tra prova *concordata dalle parti* e prova *formata dalle parti*, si è notato che, mentre la scelta del contendente di non partecipare alla *cross examination* è frutto di una valutazione strategica che concerne su una determinata fonte, ed è effettuata alla luce degli esiti dell'escussione, l'accordo acquisitivo può anche riguardare indistintamente l'intero fascicolo investigativo, con conseguente moltiplicazione del rischio di errore o negligenza difensiva. Questi casi si fanno più frequenti nei procedimenti che coinvolgono «imputati deboli», nei quali si fa più presente pure il pericolo di scelte non esattamente libere, ma condizionate da «trattative [...] lusinghe, adescamenti, minacce»⁸⁶. Una volta la situazione riguardava spesso imputati «contumaci, irreperibili, assistiti d'ufficio»⁸⁷, ora – dopo la novella di cui alla l. 28 aprile 2014, n. 67 sulla sospensione del processo contro l'irreperibile – potrebbe ancora riprodursi per gli imputati assenti 'inconsapevoli' difesi d'ufficio⁸⁸.

In casi del genere la difesa sarebbe particolarmente vulnerabile dalle «pressioni implicitamente premiali o per converso minacciose dell'accusa, intese quali sanzioni per una mancata adesione allo schema di offerta dell'accordo probatorio»⁸⁹, che possono nascondersi dietro accordi solo apparentemente frutto di libera disponibilità della prova.

Il fenomeno degli accordi omnicomprensivi è però statisticamente marginale e, ancorché non vietato, risulta decisamente patologico: il difensore che si accorda *omnibus* dovrebbe richiedere il giudizio abbreviato, realizzando lo stesso obiettivo – essere giudicato sulle carte – ma conseguendo, per di più, lo sconto penale in caso di condanna. E un modello teorico si costruisce postulando che gli agenti si comportino ragionevolmente, «evitando scelte non svantaggiose»⁹⁰.

⁸⁵ M.L. DI BITONTO, *Riflessioni controcorrente*, cit., p. 4449.

⁸⁶ Per le obiezioni e la citazione cfr. A. CAMON, *Accordi processuali*, cit., p. 61.

⁸⁷ Erano spesso i difensori d'ufficio degli irreperibili, privi di procura speciale, a richiedere l'acquisizione di tutto il fascicolo delle indagini, per costrizione 'burocratica'.

⁸⁸ L'espressione (di P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto della contumacia*, cit., p. 518) indica la condizione di tutti coloro nei cui confronti si proceda in assenza sulla base di quelle clausole dell'art. 420-bis che non garantiscono la conoscenza del *processo* da parte dell'imputato: è il caso del latitante (cfr. G. COLAIACOVO, *Il latitante*, cit., p. 219 ss.).

⁸⁹ L. MARAFIOTI, *Prova negoziata*, cit., p. 2943.

⁹⁰ M.L. DI BITONTO, *Riflessioni controcorrente*, cit., p. 4449. Sul consenso omni-

Sembra perciò corretto affermare che la previsione costituzionale del quinto comma dell'art. 111 Cost. del consenso tra i fattori di deroga al contraddittorio probatorio è servita, nella prospettiva dei riformatori dell'art. 111 Cost., a dare copertura al giudizio abbreviato. Dove il consenso dell'imputato esprime una scelta difensiva abdicativa al metodo del contraddittorio, che non ha alcun particolare significato epistemologico, perché la richiesta del rito speciale può essere soltanto un modo per ridurre, nella prospettiva dello sconto di pena, i rischi di un eventuale esito sfavorevole del giudizio⁹¹.

Il fondamento costituzionale delle norme che consentono alle parti concordi di arricchire il fascicolo per il dibattimento va trovato invece nella previsione generale, contenuta nel quarto comma dell'art. 111 Cost.: e del resto – si noti incidentalmente – il nostro istituto nasce da proposte legislative maturate ben prima che il Parlamento si decidesse a costituzionalizzare il principio del contraddittorio probatorio, ed a prevederne la derogabilità per consenso dell'imputato⁹².

Sul consenso dell'imputato, quale *rinuncia* al contraddittorio, hanno invece trovato – formalmente – fondamento costituzionale *altre* fattispecie consensuali, del tutto diverse dagli accordi di cui ci stiamo occupando, introdotte – ecco la prima figura di patto probatorio nel codice di rito – dalla l. 7 agosto 1997, n. 267, quando la disciplina della lettura delle dichiarazioni dell'imputato è stata ridisegnata, dopo l'in-

comprensivo v. *infra*, § 5. Quella prassi 'estrema' era ricollegabile prevalentemente all'iniqua disciplina dell'irreperibilità – oggi peraltro almeno in parte superata dalle nuove norme sul processo *in absentia* – e non all'istituto degli accordi sul fascicolo.

⁹¹ Tale *intentio legis* traspare dai lavori preparatori (ne parla E. MARZADURI, *La prova negoziata*, cit., p. 215).

Proprio perché la *ratio* del rito riposa su ragioni politiche più che epistemologiche (la riduzione della rigidità del sistema, in favore di una migliore funzionalità e di una ragionevole durata del processo); e la minore accuratezza dell'accertamento è giustificata, a livello di accettabilità sociale, solo in considerazione del fatto che la sua instaurazione dipende «dal soggetto che sarebbe maggiormente interessato a godere delle garanzie dibattimentali», l'esperibilità del rito cartolare andrebbe ridotta. Essa potrebbe essere calibrata non *quoad penam*, ma *secundum reatum* «sulla base della specifica tipologia di accertamento dagli stessi richiesta secondo l'*id quod plerumque accidit*» (M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 177).

⁹² I primi propositi di costituzionalizzazione dei principi del 'giusto processo' risale alla progetto dalla Commissione Bicamerale (14 novembre 1997), mentre l'attuale configurazione del principio costituzionale del contraddittorio probatorio – articolato tra previsione generale e fattispecie derogatorie – risale nel disegno di legge costituzionale (4 novembre 1998), nel quale confluirono le varie iniziative di revisione presentate all'indomani della sentenza della Corte costituzionale n. 361 del 1998 (cfr. P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 9 ss.). L'idea di introdurre la possibilità di accordo sul fascicolo inizia ad essere coltivata a livello legislativo ben prima, come si è visto (almeno a partire dal 1994).

tervento della Corte costituzionale con la sentenza n. 254 del 1992. Si tratta delle fattispecie riguardanti la lettura delle dichiarazioni dei coimputati e degli imputati in procedimento connesso, che non si è riuscito ad esaminare in dibattimento, rispetto ai quali il consenso di chi sia attinto dalle dichiarazioni opera come condizione per l'uso delle stesse (nel caso dell'imputato esaminato sul fatto proprio nel processo cumulativo: art. 513 comma 1) oppure, combinato al convergente assenso di tutti, come presupposto per la lettura del verbale (art. 513 comma 2)⁹³.

In questi casi, però, consenso e accordo non integrano modalità di partecipazione alla formazione della prova, ma costituiscono gli elementi di fattispecie acquisitive – alternative alla formazione della prova in contraddittorio – introdotte dal legislatore per contemperare le diverse esigenze drammaticamente in conflitto in quei casi: non dispersione del sapere investigativo, diritto al silenzio del dichiarante, diritto di difesa dell'imputato attinto dalle dichiarazioni. La volontà acquisitiva qui non surroga la partecipazione dialettica alla provvista probatoria, ma esprime una *rinuncia* a tale partecipazione.

Da tale volontà, peraltro, non è lecito arguire alcuna particolare valutazione di affidabilità della dichiarazione così annessa al materiale decisivo: se avesse voluto, il consenziente avrebbe potuto pattuire *ab initio* l'acquisizione del verbale, e invece consente dopo che si è inutilmente tentata l'escussione; e anche l'accordo tra tutti interviene dopo che s'è impiegato ogni mezzo (compresi esame a domicilio, videoconferenza, e rogatoria) per ottenere la prestazione testimoniale. Da ciò si deduce che l'ipotesi *solo formalmente* rientra tra le ipotesi di deroga consensuale al contraddittorio di cui all'art. 111 comma quinto Cost., ma in realtà risponde ad una logica diversa, di tipo 'compensativo': data la necessità di rispettare il diritto al silenzio del dichiarante, il legislatore scommette sull'abilità del pubblico ministero di ottenere *in extremis* dal soggetto accusato il consenso necessario ad evitare la dispersione dell'informazione⁹⁴.

In questi casi il rischio di baratti e trattative sotterranee risulta *effettivamente* assai elevato, essendo utopistico – un'«ipotesi fiabesca»⁹⁵ – pensare che qualcuno consenta all'acquisizione di una dichiarazione *contra se* che sarebbe altrimenti irrecuperabile. L'antidoto a tali derive inquisitorie, si è detto, è nella regola (art. 526 comma 1-*bis*) secondo

⁹³ G. DI CHIARA, *Dichiarazioni erga alios*, cit., p. 52.

⁹⁴ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 240.

⁹⁵ F. CORDERO, *Procedura*, cit. p. 758.

cui nessuno può essere condannato sulla base delle dichiarazioni di chi si sia volontariamente sottratto all'interrogatorio dell'imputato; norma di chiusura, e perciò non derogabile neppure col consenso dell'imputato stesso⁹⁶.

Va notato come l'art. 526 comma 1-*bis* funga in ogni caso da limite agli effetti di *qualsiasi* accordo acquisitivo tra le parti. Tali accordi non possono mai esonerare il giudice dal rispetto di quella regola negativa di valutazione⁹⁷.

Può accadere però che le parti si accordino, in udienza preliminare o *in limine litis*, per acquisire un verbale di sommarie informazioni senza rinunciare a chiedere l'esame orale della fonte, o può darsi che la testimonianza dibattimentale di chi ha reso le dichiarazioni convenzionalmente acquisite venga disposta dal giudice *ex officio* ai sensi dell'art. 507 comma 1-*bis*: in simili casi, ove la fonte si sottragga all'esame, il verbale acquisito su accordo è legittimamente presente tra gli atti utilizzabili per la decisione e può essere valutato come prova, ma non per fondare un giudizio di colpevolezza.

5. IL CONSENSO ACQUISITIVO

Si è detto che gli accordi delle parti sulla formazione del fascicolo possono esser descritti, con buona approssimazione, come richieste congiunte di prova, visto che hanno l'effetto di introdurre nel processo atti che, in questo modo, sono annoverati all'interno del materiale utilizzabile per la decisione. E tuttavia, mentre per le 'richieste di prova' tradizionali, che muovono da atti di parte, fattispecie e sequenze procedurali sono ben tratteggiate dal codice, in questo caso la disciplina richiede all'interprete un certo sforzo ricostruttivo, sia per quanto

⁹⁶ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 241.

⁹⁷ Sebbene non manchino interpretazioni, anche autorevoli, secondo le quali il consenso dell'imputato può superare la regola prevista nel secondo periodo dell'art. 111 Cost. quarto comma Cost. della quale l'art. 526 comma 1-*bis* costituisce attuazione (F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 744; G. CONTI, *Giusto processo e prove penali*, Ippsoa, 2001, p. 204) pare preferibile ritenere quella regola negativa di valutazione «una garanzia finale, una sorta di limite etico» alla quale neppure l'imputato stesso può consentire di venir meno. Ed in effetti «una cosa è accettare come prova una dichiarazione raccolta unilateralmente, rinunciando *a priori* alla testimonianza in contraddittorio o consentendo che l'una e l'altra siano congiuntamente valutate; ben diverso è accettarla *dopo* che il dichiarante, regolarmente citato nel dibattimento, abbia rifiutato per libera scelta di deporre». La sottrazione all'esame «squalifica la dichiarazione» in modo irrimediabile (citazioni da P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 161).

concerne il profilo statico sia per quanto riguarda quello dinamico. Colpa, da un lato, della laconicità del legislatore e, dall'altro, della struttura consensuale, che inevitabilmente chiama in gioco il problema dell'utilità delle categorie del diritto dei negozi nell'interpretazione degli istituti processuali. Riservando la trattazione della dinamica al capitolo successivo, iniziamo formulando qualche rilievo in ordine alla *formazione* di questi accordi, relativamente alla partecipazione dell'imputato, che è la più problematica.

5.1. *Forme di manifestazione*

Il consenso acquisitivo all'allegazione deve essere manifestato in modo espresso ed inequivoco: l'espressione 'il difensore non si oppone', al momento della materiale annessione di un atto estraneo al catalogo dei contenuti necessari del fascicolo, o al momento della lettura di un atto di tal genere, non costituisce una inequivoca manifestazione di consenso⁹⁸. In effetti, la fattispecie normativa è strutturata in modo tale da escludere intese tacite: collegando l'allegazione dell'atto al fatto che le parti 'concordino' tale operazione, la norma mostra di considerare rilevante e necessaria una vera e propria presa di posizione di ciascuna parte in ordine alla collocazione di un protocollo che altrimenti sarebbe destinato a far parte del fascicolo del pubblico ministero. Un contegno positivo, dunque⁹⁹. E ciò sembra doveroso concludere sia ove si acceda alla ricostruzione dell'accordo sul fascicolo quale fattispecie istruttoria derogatoria rispetto al principio del contraddittorio – poiché in tal caso una diversa soluzione introdurrebbe in via esegetica, inammissibilmente, una fattispecie ulteriore a quelle disciplinate dalla legge¹⁰⁰ – sia che si consideri l'isti-

⁹⁸ C. CESARI, *Prova (acquisizione della)*, cit., p. 717; M.L. DI BITONTO, *Lettura di dichiarazioni del prossimo congiunto*, cit., p. 1291; GARUTI, *Il procedimento*, cit., p. 204.

⁹⁹ Cass., Sez. III, 8 maggio 2008, Catalano, in *C.E.D. Cass.*, n. 241547: nel caso di specie, la difesa dell'imputato, nell'opporvi alla lettura della denuncia presentata dalla persona offesa, esigendo l'audizione del denunciante quale teste, non aveva eccitato alcunché in ordine all'acquisizione della relazione della polizia scientifica riguardante la comparazione delle impronte digitali. Per la Corte, l'opposizione manifestata in ordine ad una sola delle iniziative prospettate, accompagnata dal silenzio nei confronti dell'altra, ha assunto il significato di un tacito consenso nei confronti di quest'ultima.

¹⁰⁰ Lo riconosce Cass., Sez. I, 11 febbraio 2005, Daci, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1508.

tuto *de quo* quale espressione di una particolare operatività del contraddittorio probatorio, poiché la valutazione delle parti circa l'inutilità della elaborazione orale della prova non può che esser manifestata espressamente. Non è condivisibile pertanto la pur cospicua giurisprudenza di legittimità secondo cui il consenso alla richiesta del p.m. di acquisizione di atti può essere espresso tacitamente «attraverso l'assenza di opposizione, se il complessivo comportamento processuale della parte interessata è incompatibile con una volontà contraria»¹⁰¹.

5.2. Revocabilità

Nel silenzio delle norme, risultano variamente interpretabili le possibili vicende del negozio processuale, in particolare se sia possibile una sua rescissione unilaterale o, per rimanere nel linguaggio civilistico, per 'mutuo dissenso'.

Iniziamo dall'analizzare la prima eventualità.

Anzitutto se si esclude – come sembra corretto (v. *retro* § 1) – che l'imputato possa togliere efficacia con un *contrarius actus* anche a richieste di contenuto tecnico formulate al giudice da parte del difensore, possiamo senz'altro escludere che una diversità di vedute tra i due 'poli' dell'ufficio difensivo possa condurre ad un ripensamento del consenso prestato dalla difesa all'acquisizione dell'atto.

Resterebbe in piedi l'astratta possibilità che sia il difensore a mutare opinione circa la convenienza della acquisizione già negoziata col pubblico ministero, magari alla luce degli accadimenti dibattimentali. La questione sembra da risolvere negativamente, come del resto fa la prevalente dottrina¹⁰²: il corretto svolgersi del contraddittorio processuale esige il consolidamento, ad un certo punto, della composizio-

¹⁰¹ *Ex plurimis*, Cass., Sez. V, 15 dicembre 2014, n. 15624, Miccoli, in *C.E.D. Cass.*, n. 263260.

¹⁰² Cfr. G.M. BACCARI, *La revocabilità*, cit., in G.M. BACCARI - C. CONTI, *Una nuova espressione*, cit., p. 884; H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 166; A. CAMON, *Accordi processuali*, cit., p. 77; CESARI, *Prova (acquisizione della)*, cit., p. 717; M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 200; ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 90. In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. I, 18 aprile 2007, n. 23157, Grasso, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2977. Ammettono invece la possibilità di recesso unilaterale dall'accordo S. BUZZELLI, *Fascicolo dibattimentale "negoziato"*, cit., p. 396; CASARTELLI, *Le innovazioni*, cit., p. 185; R. DEL COCO, *Disponibilità delle prova*, cit., p. 208; N. GALANTINI, *Limiti e deroghe al contraddittorio*, cit., 102; G. GARUTI, *Il procedimento*, cit., p. 207.

ne del fascicolo ufficiale, se non altro per tutelare l'affidamento prestato dagli altri in ordine alla piattaforma delle informazioni investigative spendibili per la decisione. La consistenza del fascicolo potrebbe aver indotto alcuni di essi ad una rinuncia all'assunzione di uno o più mezzi di prova¹⁰³.

Ammettere che la revoca unilaterale del consenso possa determinare la risoluzione del patto, o anche solo rendere inutilizzabili gli atti che ne sono oggetto nei confronti del contraente successivamente dissidente, significherebbe attribuire a quest'ultimo il potere di sottrarsi alle implicazioni del negozio processuale in punto di accertamento, fuori da qualsiasi previsione di legge. Lo preclude anche il 'principio di acquisizione', in virtù del quale la prova chiesta ed ammessa diventa patrimonio del processo, e la parte non può ritirare la sua richiesta di prova senza l'assenso dell'altra (art. 495 comma 4-*bis*)¹⁰⁴.

Secondo una ricostruzione dottrinale, sarebbe invece consentito lo scioglimento consensuale – totale o parziale – del patto acquisitivo¹⁰⁵, poiché la fattispecie riprodurrebbe una dinamica analoga a quella contemplata, per l'assunzione della prova, dall'art. 495 comma 4-*bis* ragion per cui, la revoca consensuale potrebbe intervenire fino alla definitiva acquisizione degli atti tramite lettura, ai sensi dell'art. 511¹⁰⁶. Fermo restando che, in tal caso, alle parti non sarebbe comunque consentito «tornare sui propri passi quanto alla possibilità di una assunzione dialettica della prova» se inizialmente nessuno aveva assunto l'iniziativa di richiedere l'esame del teste, poiché la richiesta di prova orale sarebbe tardiva¹⁰⁷.

¹⁰³ R. ADORNO, *Ammissione delle prove*, cit., p. 251.

¹⁰⁴ DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 200.

¹⁰⁵ Secondo la tesi che correla al dissenso rispetto al patto intervenuto *inter alios* la non incidenza dell'atto acquisito sulla posizione processuale di quest'ultimo, anche il dissenso opposto alla risoluzione da uno dei contraddittori dovrebbe risultare rilevante, entro i confini dell'influenza di quel dato cognitivo sulla posizione soggettiva del dissenziente (H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 166, nt. 146).

¹⁰⁶ H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 166; nonché, implicitamente, M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 200; *contra*, G.M. BACCARI, *La revocabilità del consenso*, cit., p. 884; A. CAMON, *Accordi processuali*, cit., p. 77; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 90.

¹⁰⁷ Cfr. C. CESARI, voce *Prova (acquisizione della)*, cit., p. 720, nt. 211, secondo cui la richiesta tardiva sarebbe inammissibile in ragione del disposto di cui all'art. 493, comma 2, a mente del quale le prove non indicate in lista possono essere acquisite ove si dimostri l'impossibilità di una previa indicazione; in realtà l'ultima disposizione non autorizza a formulare istanze istruttorie nel corso del dibattimento, ma soltanto a formulare richieste (nei tempi previsti, ossia nella sotto-fase dedicata alle «richieste di prova») senza la previa indicazione in lista, ove l'istante provi che l'adempimento

Se l'ultimo assunto è condivisibile, non altrettanto può dirsi in ordine alla rilevanza di un *mutuo dissenso*. La fattispecie della acquisizione concordata di atti al fascicolo per il dibattimento produce i suoi effetti appena perfezionata attraverso l'incontro dei consensi; basta che il giudice disponga il trasferimento tra i due incartamenti. A meno che non si vogliano applicare – assai opinabilmente¹⁰⁸ – le categorie civilistiche del negozio bilaterale (tra le quali la rescindibilità per mutuo dissenso), bisogna riconoscere che nella fattispecie processuale di cui ci occupiamo una vicenda 'risolutiva' non è prevista.

Gli effetti della fattispecie in discorso sono rappresentati dall'annessione al fascicolo per il dibattimento dell'atto già raccolto nell'incartamento investigativo, disposta da un provvedimento del giudice a contenuto vincolato (*infra*, cap. IV § 2). Per tutti gli atti che da quel *dossier* affluiscono a quello dibattimentale, il codice prevede una sequenza procedimentale necessaria (come si dirà meglio più avanti): essi vengono letti, tutti, in modo effettivo o simbolico, e così sottoposti al contraddittorio dibattimentale. Manca una previsione che consenta di sottrarre a questa sequenza gli atti d'indagine conferiti convenzionalmente dalle parti, quando le stesse abbiano ripensamenti nel corso del giudizio.

D'altro canto, quando vengono inseriti nel fascicolo ufficiale, gli atti vengono offerti alla conoscenza del giudice, il quale può trarne informazioni utili alla ammissione delle prove orali, all'organizzazione del dibattimento, agli interventi nel corso delle escussioni orali, ad eventuali integrazioni istruttorie officiose. L'atto, insomma, è *già* patrimonio del processo.

In assenza di specifiche previsioni, non sembra neppure consenti-

non è stato possibile (cfr. *infra*, cap. V § 3). Pertanto, la richiesta della prova orale (corrispondente al verbale acquisito pattiziamente) formulata dopo e in conseguenza della rescissione del patto acquisitivo sarebbe inammissibile semplicemente in quanto effettuata a dibattimento avviato; essa potrebbe venire soddisfatta solo a condizione che il giudice ritenga l'esame necessario, *ex art.* 507.

¹⁰⁸ Non è possibile ripercorrere, neppure brevemente, il dibattito sull'utilità della categoria del negozio giuridico processuale (cfr. G. RICCIO, *La volontà delle parti*, cit., p. 58 ss.). Diciamo soltanto che il cd. accordo acquisitivo identifica una fattispecie processuale nella quale, come nel cd. patteggiamento, la proposta proveniente da una delle parti di acquisire un atto al fascicolo dibattimentale, e l'assenso dell'altra, rappresentano due manifestazioni di volontà unilaterali convergenti, rivolte al giudice; l'unico elemento rilevante è la circostanza che sia stata posta in essere e comunicata una manifestazione di volontà, la quale non assume alcun valore slegata dal fatto giuridico in cui si esprime nel processo (sull'utilità della concezione volontaristica nell'interpretazione della disciplina degli accordi acquisitivi, v. A. PROCACCINO, *Il negozio probatorio*, cit., p. 52 ss.).

to, ove le parti abbiano concluso un accordo davanti al giudice dell'udienza preliminare, che le stesse possano poi in sede di richieste di prova (non solo convenire l'acquisizione di ulteriori atti, come prevede l'art. 493 comma 3, ma anche) sciogliere il patto già concluso, provocando il trasferimento a ritroso degli atti allegati in udienza preliminare. Anche in questo caso, la fattispecie processuale descritta nell'art. 431 comma 2 ha ormai prodotto interamente i suoi effetti, che nessuna norma assoggetta a vicende caducatorie.

Esiste, effettivamente, un problema operativo nell'ipotesi in cui più procedimenti diversi, provenienti da differenti udienze preliminari, vengano cumulati nella fase dibattimentale: qui alcune parti si potrebbero trovare 'vincolate' agli effetti di accordi acquisitivi ai quali non hanno partecipato¹⁰⁹. In questi casi però il regresso del verbale investigativo all'interno del fascicolo del pubblico ministero dovrebbe essere la conseguenza (non di un dissenso degli originari stipulanti, ma) di un provvedimento col quale il giudice verifichi che la fattispecie acquisitiva non è conforme al modello legale, poiché il consenso all'allegazione non è stato prestato da *tutte* le parti del processo come le norme richiedono¹¹⁰. Sede elettiva per simili verifiche è il momento delle questioni preliminari al dibattimento; ove il consenso all'acquisizione di un determinato atto non risulti esser prestato da tutte le attuali parti del processo il giudice provvede all'eliminazione dal fascicolo dibattimentale (art. 491 comma 4) e la sua restituzione al pubblico ministero (art. 148 disp. att.).

5.3. Scelta tecnica

L'adesione all'accordo, non essendo riservata personalmente all'imputato, può essere manifestata anche dal difensore senza che il patrono debba esser munito di alcuna procura speciale¹¹¹.

Ha destato perplessità la configurazione del consenso all'acqui-

¹⁰⁹ N. GALANTINI, *Limiti e deroghe al contraddittorio*, cit., p. 102.

¹¹⁰ Lo stesso potrebbe accadere nell'ipotesi di costituzione della parte civile *in limine litis*, in rapporto alle acquisizioni pattuite da imputato e pubblico ministero in udienza preliminare; la soluzione potrebbe essere la medesima.

¹¹¹ L'assenza di una espressa riserva a favore della parte consente di ritenere che la legittimazione alla stipula del negozio processuale rientri tra gli atti spettati al difensore, in quanto espressione di scelte di difesa tecnica (in tal senso, G.M. BACCARI, *Il potere di controllo del giudice*, cit., p. 882; G. GARUTI, *Il procedimento*, cit., p. 206; A. MACCHIA, *I poteri dispositivi delle parti*, cit., p. 191).

zione in termini di atto tecnico. In particolare, ha suscitato preoccupazione l'eventualità di una difesa officiosa, che può essere fornita da professionisti sul momento e pressoché ignari della causa ¹¹², soprattutto quando – come accennato – il professionista rappresenta un imputato assente.

Considerata la delicatezza della scelta, la configurazione del consenso acquisitivo come atto tecnico ha generato un certo disagio negli interpreti, ed ha anche sollevato, come si dirà tra poco, alcuni dubbi di compatibilità della disciplina codicistica coi principi costituzionali.

In dottrina non mancano ricostruzioni che – aderendo al diffuso orientamento che considera ravvisabile una tal riserva anche a prescindere da espresse previsioni, in ragione della natura dell'atto da compiere e dagli interessi coinvolti ¹¹³ – postulano in materia una riserva a favore dell'imputato ricavabile in via interpretativa, in considerazione della 'non reversibilità della diminuzione dei diritti dell'imputato' derivante dall'atto in questione ¹¹⁴. Trattandosi, secondo l'opinione più diffusa, di abdicare al diritto soggettivo dell'imputato al contraddittorio, la scelta dovrebbe essere perciò imputabile alla volontà individuale dello stesso accusato, non diversamente da quanto è previsto espressamente per il rito abbreviato.

Seguendo questa linea interpretativa, si è anche ipotizzato che, in una prospettiva di semplificazione, potrebbe ritenersi esistente una procura 'tacita' nell'ipotesi in cui l'accordo venga stipulato con l'imputato presente, ritenendo in tali casi significativo il suo silenzio: siccome l'imputato potrebbe sempre togliere effetto all'atto compiuto dal difensore esprimendo la sua volontà contraria, la mancata reazione autoriz-

¹¹² B. GALGANI, *Commento alla l. 16/12/99, n. 479*, sub Art. 40, cit., p. 505, nt. 33. Le preoccupazioni sono condivise da S. BUZZELLI, *Il fascicolo negoziato*, cit., p. 405; D. CHINNICI, *L'incursione della prova negoziata*, cit., p. 405; EAD., *L'immediatezza nel processo penale*, cit., p. 125; G.L. FANULI, *Riflessioni sull'istituto dell'acquisizione*, cit., p. 356; G. CASARTELLI, *Le innovazioni riguardanti il dibattimento*, cit., p. 187; S. CORBETTA, sub Artt. 38-40 l. 16-12-1999, n. 479, cit., p. 411; R. DEL COCO, *Disponibilità della prova*, cit., p. 113.

¹¹³ G. TRANCHINA, *I soggetti*, cit., p. 214. A. CRISTIANI, sub Art. 99, cit., p. 461 riconosce che «la riserva dei diritti esclusivi non esercitabili dal difensore è intuitiva, sul piano della ragionevolezza, ma non del tutto chiara in luce ermeneutica» e nota come in caso di disposizioni non reversibili «l'esclusiva titolarità dell'imputato» è *in re ipsa*.

¹¹⁴ R. DEL COCO, *Disponibilità della prova*, cit., p. 118; A. PROCACCINO, *Il ruolo dell'imputato*, cit., p. 698, nt. 39; EAD., *Il negozio*, cit., p. 236; E. MARZADURI, *La prova negoziata e l'art. 111 Cost.*, cit., p. 215 che nota come la giurisprudenza consideri atto personalissimo, pur in assenza di una espressa precisazione, l'istanza di oblazione. In senso contrario, v. A. MACCHIA, *I poteri dispositivi*, cit., p. 191.

zerebbe il giudice a ricollegare la scelta negoziale direttamente alla volontà della parte rappresentata dal difensore ¹¹⁵.

La scelta normativa di configurare come atto tecnico l'adesione all'accordo sul fascicolo è stata anche oggetto di una questione di costituzionalità: le relative disposizioni sono state sospettate di contrastare con gli artt. 3 e 111 Cost. «nella parte in cui non prevedono che l'imputato esprima il consenso, personalmente o a mezzo di procura speciale, in vista dell'acquisizione al fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero». Con riferimento ad una ipotesi di accordo acquisitivo dell'intero fascicolo delle indagini – non seguita, peraltro, da alcuna attività istruttoria dibattimentale – si lamentava che esso avrebbe sostanzialmente determinato una integrale rinuncia al contraddittorio probatorio, fuori dai presupposti previsti dall'art. 111, comma quinto Cost. e determinato, in violazione dell'art. 3 Cost. un giudizio allo stato degli atti, sovrapponibile al rito abbreviato, ma in rapporto al quale non sarebbe né richiesto il consenso personale dell'imputato, né garantito il premio della riduzione della pena in caso di condanna ¹¹⁶.

La pronuncia della Corte costituzionale, nell'escludere profili d'illegittimità, ha suggellato la configurazione del consenso all'acquisizione di atti come scelta tecnica. Quanto alla denunciata disparità di trattamento rispetto al giudizio abbreviato, il giudice delle leggi afferma che i due istituti «risultano assolutamente disomogenei e non assimilabili», in quanto il primo è «un modello alternativo al dibattimento che, oltre a fondarsi sull'intero materiale raccolto nel corso delle indagini, consente una limitata acquisizione di elementi integrativi, che lo configurano quale rito a 'prova contratta'», mentre il secondo non esclude affatto il diritto delle parti «ad articolare pienamente i rispettivi mezzi di prova, secondo l'ordinario, ampio potere loro assegnato per la fase dibattimentale». Con riferimento alla dedotta lesione del principio del contraddittorio probatorio, al quale secondo Costituzione può derogarsi con il consenso «dell'imputato», il giudice delle leggi risponde che l'accordo acquisitivo è una «concreta modalità di articolazione del diritto

¹¹⁵ A. PROCACCINO, *Il ruolo dell'imputato*, cit., c. 703; ID., *Il negozio probatorio dibattimentale*, cit., p. 244; conforme, H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 150, nt. 95. Prospettiva analoga a quella seguita dalla giurisprudenza per l'ipotesi in cui la richiesta di giudizio abbreviato venga formulata dal difensore privo di procura, ma alla presenza dell'imputato, senza che questi eccepisca (Cass., Sez. un., 31 gennaio 2008, n. 9977, Morini, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 52).

¹¹⁶ Corte cost., 8 giugno 2001, n. 182, in *Giur. cost.*, 2001, p. 3.

to alla prova» rispetto al quale la difesa tecnica è necessaria (e sufficiente, sembrerebbe).

In effetti, non pare che nell'ipotesi di acquisizione concordata possa ravvisarsi un atto riservato personalmente all'imputato, poiché non è in gioco un diritto indisponibile, né l'acquisizione concordata produce una «diminuzione di diritti non reversibile»¹¹⁷, per i motivi che la Corte costituzionale ha spiegato bene.

La motivazione della Corte convince appieno quando pone a confronto rito abbreviato e accordo acquisitivo: effettivamente quest'ultimo non priva l'imputato del diritto a provare oralmente ogni assunto difensivo, sia attraverso prove 'corrispondenti' agli atti consensualmente acquisiti, sia attraverso mezzi differenti. Nel giudizio abbreviato invece l'imputato abdica (totalmente, salvo che nel caso ed entro i ristretti limiti della richiesta 'condizionata') alla possibilità di provare i propri assunti attraverso il metodo dibattimentale, ed accetta di essere giudicato con un metodo inquisitorio che riproduce lo schema del processo misto.

Non sembra affatto ingiustificato, perciò, che le valutazioni in ordine ad eventuali pattuizioni acquisitive rientri tra le tipiche attività tecniche del difensore¹¹⁸.

5.4. La dichiarazione contraria

A motivare le perplessità rispetto alla configurazione del consenso acquisitivo come scelta tecnica del difensore viene fatto notare come, in tal modo, la scelta difensiva poco ponderata o addirittura nociva non può essere rimediata attraverso l'atto contrario dell'imputato, ogni volta in cui quest'ultimo non sia presente al giudizio. Quest'ultimo rilievo

¹¹⁷ A. CRISTIANI, sub *Art. 99*, cit., p. 461.

¹¹⁸ Ciò vale sia se si voglia ricostruire l'accordo acquisitivo come una deroga al contraddittorio sia che vi si ravvisi una sua modalità di attuazione. Sembra che provi troppo l'assunto secondo cui la configurazione del consenso acquisitivo come atto tecnico comprova che esso non è atto abdicativo ma modo di esercizio del contraddittorio probatorio, perché se si trattasse di una rinuncia bisognerebbe prevedere, o comunque ritenere necessaria, una procura speciale (M.L. DI BITONTO, *Riflessioni controcorrente*, cit., p. 4447). Se personalissimo è l'atto con il quale si determina una perdita di diritti irreversibile, occorre riconoscere che il consenso all'acquisizione di uno o di una serie di verbali investigativi non consuma il diritto alla prova orale, e che opinando contrariamente dovremmo estendere la conclusione a tutte le fattispecie istruttorie in cui il consenso – abdicativo – dell'imputato vale a trasformare in prova un atto d'indagine (artt. 238 comma 4, 500 commi 3 e 7, 513 commi 1 e 2, ad esempio).

postula, evidentemente, che l'imputato possa togliere effetto all'adesione del difensore alla proposta acquisitiva altrui (o all'offerta che egli abbia diretto alle altre parti) così invalidando l'accordo processuale, grazie al potere conferitogli dall'art. 99 comma 2¹¹⁹.

La premessa però sembra errata: pare cioè da escludere che il congegno descritto dalla disposizione ora citata sia applicabile nella fattispecie della quale ci stiamo occupando, per un duplice ordine di considerazioni, di tipo pratico e giuridico¹²⁰. In sede operativa, si può notare come la fattispecie dell'acquisizione concordata segue un *iter* procedurale poco formalizzato e potenzialmente assai rapido (v. *infra*, cap. IV) cosicché appare difficile rintracciare uno spazio temporale sufficientemente ampio, tra la manifestazione del consenso ed il provvedimento che suggella il perfezionamento della fattispecie, all'interno del quale possa maturare un *contrarius actus* dell'assistito. Se si ritiene che l'acquisizione del verbale agli atti utilizzabili come prova sia sancita dal provvedimento col quale il giudice riconosce l'integrazione dell'accordo tra gli agonisti (risulterà a verbale che il giudice «su accordo delle parti, dispone l'acquisizione al fascicolo del dibattimento dell'atto x»), è evidente come l'imputato abbia tempi assai esigui per intervenire contro l'iniziativa del difensore, cosicché la prerogativa sarebbe di difficilissimo esercizio¹²¹.

Ma, prima ancora, l'applicabilità dell'art. 99 comma 2 nel caso di specie sembra da escludere sul piano normativo, in quanto la disposizione è riferibile solo agli atti che il difensore compie quale rappresentante dell'imputato, mentre non può riguardare gli atti che lo stesso

¹¹⁹ D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 125; P. MOSCARINI, sub *Art. 493*, cit., p. 6326.

¹²⁰ Ritengono applicabile agli accordi sul fascicolo il dissenso dell'imputato R. ADORNO, *Ammissione delle prove*, cit., p. 246; ID., *L'ammissione della prova*, cit., p. 229; H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 150; A. PROCACCINO, *Il ruolo dell'imputato*, cit., p. 702; EAD., *Il negozio probatorio dibattimentale*, cit., p. 248; R. MAGI, *Accordi sulla prova*, cit., p. 143; G.M. BACCARI, *Una nuova espressione del metodo dialettico*, cit., p. 882, nt. 64.

¹²¹ R. MAGI, *Accordi sulla prova*, cit., *loc. ult. cit.*, ipotizza che il dissenso dell'imputato non presente all'accordo sia manifestabile anche *oltre* la pronuncia dell'ordinanza di cui all'art. 495. La soluzione alternativa – identificare il «provvedimento del giudice» entro il quale all'imputato è consentito «correggere» la scelta difensiva nella dichiarazione di utilizzabilità ex art. 511 comma 5 – sarebbe gravemente disfunzionale, poiché, come riconosce lo stesso A., renderebbe troppo a lungo incerte le dinamiche dell'istruttoria dibattimentale, e violerebbe l'affidamento che gli altri contraddittori abbiano ragionevolmente maturato in ordine ad un determinato assetto istruttorio.

ponga in essere in virtù di un potere tecnico del quale è titolare esclusivo (le «richieste di prova», ad es.)¹²².

In dottrina prevale una lettura forte di questa prerogativa autodifensiva, in forza della quale *qualsiasi* atto del patrono sarebbe sottoposto alla condizione risolutiva *si reus noluerit*¹²³. Sembra una lettura *eccessiva* però: in realtà, se leggiamo la previsione alla luce di quella contenuta nel primo comma, sembra sufficientemente chiaro come essa sia in realtà connessa – più modestamente – al carattere ‘sussidiario’ della funzione di rappresentanza generalizzata svolta dal difensore¹²⁴. E cioè: il primo comma (dissipando ogni dubbio circa la legittimazione del difensore a porre in essere attività il cui compimento è assegnato genericamente all’imputato) ha voluto chiarire che il patrono può compiere, oltre agli atti tecnici rientranti *naturalmente* nella sua opera di giusperito, anche tutti gli atti consentiti all’imputato. Ivi inclusi quelli esercitabili personalmente (espressione di autodifesa: istanza di restituzione nel termine, o di audizione personale) ed esclusi quelli ‘riservati’ all’imputato (per i quali il compimento da parte del patrono richiede una speciale procura: istanza di rimessione, richieste di riti premiali, domanda di riparazione)¹²⁵. Nel secondo comma, poi la disposizione detta il criterio per risolvere i casi di contrasto tra rappresentante e rappresentato: prevale la volontà di quest’ultimo.

D’altra parte, un potere di annullamento esteso a qualsiasi atto difensivo sarebbe disfunzionale, specialmente in un procedimento nel quale lo stile accusatorio implica per ogni mossa processuale oneri e

¹²² Atti, questi, che rientrano nella *assistenza* che il difensore offre all’imputato (G. FRIGO, *Difensore*, cit., p. 600).

¹²³ F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 297.

¹²⁴ Ancorché sempre limitatamente a ‘diritti e facoltà’ dell’imputato e non già alla sua posizione soggettiva di parte processuale, come invece previsto per le parti accessorie (R.E. KOSTORIS, *La rappresentanza*, cit., p. 118). Come nella rappresentanza volontaria di diritto privato, quando rappresentante e rappresentato, agendo separatamente, pongono in essere negozi o atti tra loro contraddittori, il problema che ne segue è risolto in base al principio secondo il quale la rappresentanza non priva il rappresentato della capacità di compiere da sé l’atto o il negozio al quale è autorizzato il rappresentante.

¹²⁵ La norma traduce in termini generali una regola che il codice Rocco contemplava solo per le impugnazioni: l’art. 192 comma 3 c.p.p. 1930 affermava che «l’impugnazione può anche essere proposta dall’avvocato o dal procuratore che ha assistito e rappresentato l’imputato nel procedimento». La dottrina aveva segnalato la necessità di una disciplina generale in grado di ricalibrare il rapporto tra difesa tecnica e difesa personale, prevedendo tra l’altro come criterio per risolvere i contrasti «la prevalenza della volontà dell’imputato *nelle questioni espressamente demandate alla sua disponibilità* (corsivo nostro)» (V. GREVI, *Rifiuto del difensore*, cit., p. 32).

rischi inimmaginabili nei sistemi previgenti¹²⁶; infine, è difficile non ravvisare in un dissenso che riguarda le scelte *tecniche* del difensore un'incrinatura del rapporto fiduciario che avrebbe soluzione più appropriata nella revoca del professionista¹²⁷.

5.5. *Il consenso omnicomprendivo*

Il profilo critico riguarda piuttosto la circostanza che l'astratta distanza tra i due istituti ora considerati – rito abbreviato e accordi sul fascicolo – può in concreto assottigliarsi nei casi in cui (com'era accaduto nel procedimento in seno al quale era stata sollevata la questione di costituzionalità) l'accordo acquisitivo non concerna un atto, più atti o una serie di atti, ma riguardi l'intero fascicolo del pubblico ministero; fino ad annullarsi addirittura, ogni volta in cui (come in quel procedimento) all'acquisizione del *dossier* investigativo non faccia seguito in dibattimento alcuna richiesta di prova.

La fattispecie dell'accordo non selettivo assume contorni ancor più inquietanti quando la stranezza di una valutazione d'inutilità del contraddittorio che abbraccia l'intero operato degli organi inquirenti si cumula alla delicatezza delle ipotesi, prima considerate, della difesa svolta da un avvocato nominato *ex officio*, magari in tutta fretta, ex art. 97 comma 4, che assiste un imputato magari nemmeno presente nel processo. In queste ipotesi, il pericolo di consentire l'accesso ad informazioni probatorie altrimenti precluse risulta in realtà non utile, e anzi dannoso, e cresce in modo esponenziale, cumulandosi a vari rischi: difettosa informazione ed interazione con l'assistito, scarsa ponderazione, frettolosità.

Purtroppo, la sovrapposizione di queste ipotesi – difesa officiosa, imputato assente, acquisizioni totali – rappresenta più che una sfortunata coincidenza di casi sfavorevoli: nella prassi capita proprio nei procedimenti riguardanti imputati irreperibili che i difensori, spesso officiosi, non avendo possibilità di farsi rilasciare dall'assistito alcuna procura per richiedere il giudizio abbreviato, optano per un accordo omnicomprendivo, nella speranza di lucrare una benevola considerazione

¹²⁶ F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 98.

¹²⁷ Si tratta di facoltà processuali che il difensore esercita «senza e perfino contro il volere della parte privata: basta ch'egli lo compia in vista ed in funzione degli scopi per cui l'incarico gli si è conferito. È il lato discretivo e tecnico dell'opera del difensore, che questi pervertirebbe se lo subordinasse non già, soltanto, al senso del dovere ma al beneplacito della parte» (A. DE MARSICO, *Lezioni di diritto*, cit., p. 98).

da parte dell'accusatore, nelle richieste di pena, e da parte del giudice nel caso di condanna.

Questa prassi dovrebbe essersi ridotta oggi, dopo la novella di cui alla l. 28 aprile 2014, n. 67, che impone la sospensione del processo nel caso dell'imputato che risulti irreperibile, ma in ogni caso l'ipotesi resta significativa poiché evidenzia il maggior rischio di un istituto che consegna una regola istruttoria (quella dell'irrelevanza delle indagini di parte, nel nostro caso) nelle mani dei contendenti, che nel processo penale sono fisiologicamente impari: il rischio che la parte debole ceda alle pressioni dell'altra è molto alto¹²⁸.

Come è stato correttamente osservato, «la radicalizzazione della disputa implicita nell'instaurazione del dibattimento dovrebbe rendere assolutamente residuale la prospettiva che p.m. e imputato possano concordare l'acquisizione ai fini del giudizio di specifici atti d'indagine» e se invece nella prassi questa eventualità si verifica – almeno in certi tipi di procedimenti penali, riguardanti certe tipologie di imputati – ciò sembra doversi attribuire, più che alle norme, ad atteggiamenti culturali degli operatori: la propensione dei difensori d'ufficio ad assecondare le iniziative dell'organo d'accusa con la riserva mentale «di poterne ricevere in contraccambio qualche beneficio in altri procedimenti»; il favore di giudici e pubblici ministeri per accordi omnicomprensivi, anche quando simili condotte si collocano al limite dell'infedele patrocinio, ove il consenso del difensore si risolve in una totale rinuncia a difendere l'imputato in dibattimento; l'idea – decisamente da ricusare – secondo cui il consenso dell'imputato all'acquisizione di atti d'indagine potrebbe essere in qualche modo premiato nella commisurazione della pena in caso di condanna¹²⁹.

¹²⁸ Nei meccanismi processuali dispositivi, le maggior responsabilità che gravano sulle parti rispetto all'accertamento dei fatti comportano come conseguenza la necessità di garantire i loro rapporti nel processo: «in qualche misura l'enfasi deve spostarsi dai problemi della conoscenza ai problemi delle cautele necessarie per far rispettare alle parti o ai loro avvocati le regole di un corretto scontro giudiziario [...] equità più che "verità"» (M. DAMAŠKA, *Diritto delle prove*, cit., p. 176).

¹²⁹ Per queste considerazioni e per le citazioni cfr. M.L. DI BITONTO, *Osservazioni a Corte cost.*, 18 ottobre 2011, n. 290, cit., p. 1692. Significativamente, anche gli organismi dell'Avvocatura sensibilizzano i difensori rispetto alla delicatezza di questi negoziati: esempio istruttivo viene da una nota del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Sanremo del 5 marzo 2003 ove si segnala «la disponibilità di taluni difensori d'ufficio a prestare il proprio consenso all'acquisizione al fascicolo del dibattimento dell'intero fascicolo delle indagini preliminari, con risultati spesso pregiudizievoli per la posizione dell'imputato», ricordando che «può costituire illecito disciplinare per violazione dell'art. 8 del codice deontologico la prestazione, da parte del difensore

Gli accordi *omnibus* sembrano però – in ogni caso – frutto di prassi contrarie alla legge, tanto che in ipotesi del genere i giudici dovrebbero più semplicemente non dar corso all'intesa. Sia l'art. 431 comma 2 che le disposizioni normative analoghe dettate per la fase dibattimentale, consentendo alle parti di concordare «l'acquisizione del fascicolo per il dibattimento di atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero» sono abbastanza chiaramente riferite ad accordi riguardanti *un* atto, *più* atti, o *una serie* di atti; non l'intero fascicolo. Ciò risulta ancora più manifesto se si raffronta il testo normativo con le previsioni dettate in tema di giudizio abbreviato, in cui l'*integrale* trasformazione delle indagini in prova è oggetto di una richiesta «che il processo sia definito *allo stato degli atti*» (art. 438 comma 1), grazie alla quale «ai fini della deliberazione il giudice utilizza *gli atti contenuti nel fascicolo di cui all'art. 416, comma 2*» (art. 442 comma 1-bis). Anzi, se per l'ipotesi di integrale trasformazione delle carte investigative in prove per la decisione – secondo uno schema inquisitorio ¹³⁰ – le norme prevedono come presupposto indispensabile una scelta personale dell'imputato, che il patrono può compiere solo in virtù di procura speciale, e come effetto lo sconto di un terzo della pena in caso di condanna, ciò suggerisce di ritenere precluso alle parti di realizzare la medesima fattispecie fuori dai presupposti di legge, e senza che la stessa produca gli effetti che la legge vi riconnette.

Un accordo sul *fascicolo* – anziché su *atti* del fascicolo – risulta solo apparentemente consentito, ma è in realtà inammissibile, perché non previsto dalle norme, e privo di giustificazione sistematica. Manca, infatti, la *ratio* giustificativa del giudizio abbreviato, ossia la rinuncia al rispetto del principio del contraddittorio nella formazione della prova in vista dello sconto penale, che legittima un *metodo* di accertamento diametralmente opposto a quello ordinario. Ma è assente pure la *ratio* dell'accordo per l'acquisizione di atti al fascicolo dibattimentale, cioè la comune convinzione delle parti che l'elaborazione dibattimentale della prova non fornirebbe risultati apprezzabilmente migliori rispetto all'informazione registrata dall'atto unilateralmente formato ¹³¹.

d'ufficio, del proprio consenso all'acquisizione [...] di atti contenuti nel fascicolo delle indagini preliminari di cui non conosca approfonditamente il contenuto» e si invita gli avvocati iscritti nelle liste dei difensori d'ufficio, «soprattutto laddove nominati *ex art. 97 comma 4 c.p.p.*, a consentire all'acquisizione «solo previa approfondita valutazione dell'incidenza di tali acquisizioni sulla posizione dell'assistito e comunque ad astenersi dal prestare consenso in ogni caso di conoscenza superficiale o incompleta degli atti e quindi di impossibilità di procedere alla valutazione di cui sopra».

¹³⁰ Una «alternativa inquisitoria» (A. NAPPI, *Guida al codice*, cit., p. 67).

¹³¹ Si è visto che nell'interpretazione delle letture su accordo delle parti previste

Si potrebbe obiettare che la norma verrebbe formalmente osservata ove le parti convengano l'acquisizione di un numero tanto consistente di atti da abbracciare di fatto la totalità della raccolta informativa delle indagini, senza tuttavia comprendere *tutti* gli atti del fascicolo del p.m.: tutti gli atti meno uno, ad esempio. Ma il giudice che dia corso ad una convenzione del genere permetterebbe un abuso dei poteri riconosciuti alle parti, che sarebbero qui esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale li riconosce, e non corrispondono all'interesse legalmente perseguito. E non è un esito ineluttabile: benché il giudice non abbia il potere di sindacare le valutazioni che conducono le parti a selezionare dal fascicolo del pubblico ministero gli atti da trasferire nel fascicolo ufficiale¹³², ha pur sempre il potere-dovere di riscontrare che nel caso concreto ricorrano tutti gli elementi che consentono al congegno istruttorio convenzionale di produrre il proprio effetto giuridico (translativo), tra i quali l'oggetto, che deve essere costituito da "atti".

C'è naturalmente una zona grigia in cui la nozione di 'atti' sfuma, e si interseca con quella di 'fascicolo', perché tutti gli atti formano *il* fascicolo, ma 'tutti gli atti meno uno' possono sostanzialmente rappresentare *un* fascicolo, se per 'fascicolo' si intende 'una serie di atti'. La determinazione di quanti atti formano *un* fascicolo somiglia così al paradosso del Sorite, in cui la decisione su quanti chicchi fanno un "mucchio" è il tipico oggetto di apprezzamento del giudice¹³³.

5.6. *Il consenso premiale?*

Dopo dieci anni dal primo incidente di legittimità costituzionale, l'istituto è stato oggetto di una seconda questione, specificamente riferita alla mancata concessione, all'imputato, in caso di condanna, di un premio analogo a quello assegnato a chi abbia chiesto di essere giudicato con rito abbreviato¹³⁴. L'ingiustificata sperequazione è stata ravvisata, segnatamente, nelle fattispecie in cui l'accordo sugli atti realizza una situazione *sovrapponibile* a quella tipica del giudizio abbrevia-

nei codici *post-unitari* (*retro*, § 2), la rinuncia all'escussione orale era ammessa solo ove riferita ad una o più prove, e non quale opzione, metodologica, di «rinuncia completa alla immediatezza della prova» (R. DE NOTARISTEFANI, sub *Art. 404*, cit., p. 593).

¹³² Si cercherà più avanti di spiegare questa conclusione (*infra*, cap. IV).

¹³³ C. LUZZATI, *Ricominciando dal sorite*, in M. MANZIN e P. SOMMAGGIO, *Interpretazione giuridica*, cit., p. 29.

¹³⁴ Corte cost., ord. 18 ottobre 2011, n. 290, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1689, con osservazioni di M.L. DI BITONTO.

to, ossia al caso in cui all'accordo, generalizzato, effettuato *in limine litis*, non segua alcuna richiesta di prova dibattimentale.

La Corte costituzionale ha potuto facilmente ribadire che il giudizio abbreviato non può essere *tertium comparationis* per valutare la conformità dell'accordo acquisitivo all'art. 3 Cost., per la diversità, nei due istituti, di contesti, struttura, effetti del consenso.

I dubbi di costituzionalità ora descritti – sebbene appuntati sull'ipotesi patologica dell'accordo generalizzato, più che sull'istituto in sé – hanno il merito di aver portato alla luce i profili di maggior delicatezza di questa nuova figura di negozio istruttorio. Questi profili sono connessi, da una parte, al rischio che nella prassi le valutazioni di convenienza dei difensori si fondino in realtà su prospettive di sconto penale *extra ordinem*, e dall'altra, all'idea che questo tipo di intese, vantaggiose per i tempi e i costi dell'attività giudiziaria, possano addirittura essere *legittimamente* valutate dai giudici ai fini della determinazione del trattamento sanzionatorio, magari attraverso il riconoscimento delle attenuanti generiche di cui all'art. 62-*bis* c.p.

Un'idea, questa, che l'istituzionalizzazione di patti che in precedenza venivano stipulati soltanto nelle sedi informali della «procedura invisibile»¹³⁵ potrebbe addirittura in qualche modo favorire, così inverte i timori di chi da tempo mette in guardia dai pericoli che possono derivare dall'impiego in chiave inquisitoria degli istituti dispositivi della *negotiated justice*, trapiantati in un sistema di tradizione così diversa¹³⁶.

In effetti, non è mancato chi ha suggerito la possibilità di valorizzare le scelte dell'imputato in ordine ai patti acquisitivi in chiave di commisurazione della pena¹³⁷. Che si tratti di un'idea suggestiva è dimostrato dal fatto che essa è affiorata anche nelle osservazioni formu-

¹³⁵ E. AMODIO, *Giustizia penale*, cit., p. 3408.

¹³⁶ Cfr. *retro*, § 5. Timori che si addensano in relazione al caso dell'accordo *su tutto* (in cui è stato ravvisato «un anomalo abbreviato dove il 'premio' non formalizzato dipende interamente dalla discrezionalità del giudice che definisce la pena-base tra i limiti edittali»: P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 170), ma riguardano l'istituto in generale.

¹³⁷ Sostiene il comportamento processuale dell'imputato, manifestando disponibilità a rinunciare all'assunzione dei corrispondenti mezzi di prova potrebbe risultare «meritevole di considerazione premiale», quanto meno ai fini della concessione delle attenuanti generiche *ex art. 62-bis c.p.* e del giudizio di comparazione con le aggravanti, ai sensi dell'art. 69 c.p. G.L. FANULI, *Riflessioni sull'istituto*, cit., p. 360; conformi R. MAGI, *Accordi sulla prova*, cit., p. 144, che allude ad una valutazione in concreto («dì dove vi sia stata una effettiva riduzione dei tempi processuali»; S. FIFI, voce *Fascicoli processuali*, cit., p. 518).

late dall'Avvocatura dello Stato nel giudizio in cui la Corte costituzionale è stata chiamata per la seconda volta a scrutinare la legittimità costituzionale dell'istituto.

Nel controbattere al rilievo dei remittenti, secondo i quali l'assenza di premialità per l'imputato riduce l'*appeal* del concordato sul fascicolo, così diminuendone le potenzialità deflative, la difesa dello Stato ha osservato come «sotto il profilo dell'incentivo per l'imputato al consenso alla acquisizione di atti delle indagini preliminari [...] lo stesso possa essere rappresentato dalla valutazione di detto accordo nell'ottica di un trattamento sanzionatorio mitigato, attraverso la concessioni delle attenuanti generiche, quale conseguenza del comportamento processuale del reo»¹³⁸.

Il problema si inserisce all'interno del tema più ampio, e risalente, della possibile rilevanza del comportamento processuale dell'imputato nella commisurazione della pena.

Oggi, com'è noto, si tende a ricusare nettamente una prospettiva del genere, non solo perché i comportamenti collaborativi non sono sempre interpretabili (anzi, non lo sono quasi mai) in termini special-preventivi, in quanto espressivi di un ridotto bisogno di pena, ma anche perché la premiazione di condotte processuali dell'imputato determinerebbe una lesione della regola secondo cui *nemo tenetur se detegere*, rischiando di disincentivare lo stesso dal difendersi, fino all'estremo di un atteggiamento confessorio. Lo sconto della pena all'imputato collaborativo violerebbe i diritti di difesa quanto l'inasprimento all'imputato indocile¹³⁹.

La giurisprudenza, ancora di recente, ha collegato effetti attenuanti al comportamento dell'imputato all'interno del processo, perpetuando impostazioni maturate nel contesto del sistema processuale previgente¹⁴⁰: ove si tratti di condotte in grado di «proiettare una luce favore-

¹³⁸ Corte cost., ord. 18 ottobre 2011, n. 290, cit.

¹³⁹ E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 1979, p. 316.

¹⁴⁰ Secondo Cass., Sez. V, 14 maggio 2009, n. 33690, Bonaffini, in *C.E.D. Cass.*, n. 244912 «tra gli elementi positivi valutabili ai fini del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche rientrano la confessione spontanea, il corretto comportamento processuale e la collaborazione prestata alle indagini»; conforme, Cass., Sez. VI, 28 febbraio 1991, n. 6334, Cely, in *Cass. pen.*, 1992, p. 274, precisa come il giudice di merito può pur sempre «escludere la positiva valenza di tali elementi e negare l'applicazione delle attenuanti generiche, non soltanto quando essi siano contrastati da altri specifici elementi di disvalore emergenti dagli atti, ma anche quando la confessione si sostanzia nel prendere atto della ineluttabilità probatoria dell'accusa o sia volta esclusivamente all'utilitaristica attesa della riduzione della pena e la collaborazione giudiziaria o processuale sia comunque probatoriamente inerte o neutra, nel senso che

vole» sull'azione delittuosa «rivelando una personalità degna di ricevere una benevola considerazione dell'ordinamento»¹⁴¹, esse giustificano la concessione delle attenuanti generiche, come nel caso di chi abbia «spontaneamente rinunciato a far uso dei propri diritti processuali ed abbia scelto al via socialmente più apprezzabile ma a lui personalmente più sfavorevole, di orientare la propria presenza nel processo in senso conforme agli interessi dell'amministrazione della giustizia, per es. abbia reso esplicita ed utile confessione, abbia indicato i corpi del reato, abbia – in certe situazioni – palesato i nomi dei complici»¹⁴².

Appare difficile tuttavia non convenire con chi considera del tutto inaccettabile il rischio della 'collaborazione processuale', per i danni che essa arreca non solo alle garanzie penali ma anche alle garanzie processuali, alterando lo schema triadico e l'epistemologia falsificazionistica propri del sistema accusatorio; e per questo ritiene che dovrebbe stabilirsi «l'assoluto divieto legale, che nei tempi lunghi finirebbe per diventare una regola di deontologia professionale dei magistrati, di accordare qualunque rilevanza penale al comportamento processuale dell'imputato, anche ai fini della determinazione giudiziaria della pena entro i limiti edittali»¹⁴³.

In ogni caso, pure a voler accantonare questi timori, è chiaro che in nessun caso potrebbero rilevare – nella prospettiva giurisprudenziale prima ricordata – scelte tattiche operate a puro scopo difensivo, come appunto quelle sottese agli accordi sul contenuto del fascicolo dibattimentale¹⁴⁴.

È vero che ancora oggi i penalisti si chiedono se i premi riconosciuti all'imputato, come quelli per i riti deflativi, possano avere una

non abbia neppure agevolato il giudizio di responsabilità di coimputati, per essere questi già confessi o per altro plausibile motivo».

¹⁴¹ M. MASSA, *Le attenuanti*, cit., p. 214. In argomento, più di recente, R. LOPEZ, *Le attenuanti generiche*, cit., p. 1121. Secondo un'impostazione si potrebbe distinguere: gli *atteggiamenti personali* nel processo, rileverebbero quale condotta «sussequente» ex art. 133, comma secondo, n. 3 c.p., nel giudizio sulla colpevolezza del fatto-reato (F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 224); senza tuttavia precludere, ove negativamente significativi, la concessione di attenuanti generiche che risultino sussistenti (per incensuratezza, ad es.). Le *attività processuali* dell'imputato invece potrebbero costituire non solo indice generico della personalità, rilevante ex art. 133 c.p., ma addirittura circostanza attenuante (art. 62-bis c.p.): G. TAGLIARINI, *Attenuanti generiche*, cit., p. 145.

¹⁴² G. TAGLIARINI, *Attenuanti generiche*, p. 145.

¹⁴³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 625. Basta osservare le prassi: numerose Camere Penali hanno dovuto sensibilizzare gli iscritti rispetto ai pericoli di adesioni non adeguatamente ponderate ad accordi acquisitivi, stigmatizzando i condizionamenti provenienti dagli organi giudicanti, attraverso la prospettazione di trattamenti sanzionatori favorevoli (ne parla P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, cit., p. 194).

¹⁴⁴ R. DEL COCO, *Disponibilità delle prova penale*, cit., p. 233 ss.

giustificazione anche in chiave di *prevenzione speciale*¹⁴⁵. La questione ne presuppone un'altra, sottostante: se una diminuzione di pena disposta in favore dell'imputato che contribuisca ad accelerare il processo possa essere giustificata¹⁴⁶ non già perché egli ponga in essere condotte indicative della capacità a delinquere dello stesso (e dunque significative di un diminuito bisogno di pena)¹⁴⁷, ma perché consentono una riduzione dei *costi sociali* del delitto. Contribuendo all'accertamento del fatto, all'abbreviazione del processo – e grazie al risparmio di energie processuali, alla celebrazione di altri processi – l'imputato offre un «servizio in qualche misura sociale»¹⁴⁸: *compliance with the law*¹⁴⁹.

Già la Corte costituzionale nei primi anni del codice aveva suggerito, seppure in un rapido passaggio, una legittimazione anche in chiave special-preventiva dello sconto connesso alla celebrazione del giudizio abbreviato. All'obiezione secondo cui quella diminuzione processuale, totalmente sganciata dalla gravità del reato e dalla personalità dell'autore, può creare sperequazioni tra fattispecie concrete di pari rimproverabilità, il giudice delle leggi rispose: alla riduzione di pena non è estranea, in realtà, la condotta dell'imputato; scaturisce da un sua richiesta; e conta poco che si tratti di una condotta *post factum*, visto che «già l'art. 133 del vigente codice penale prevede, ai fini della

¹⁴⁵ M. CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., p. 517 ss. Nel processo di parti, in cui l'imputato può scandire i tempi, non sarebbe scandaloso che l'ordinamento agevoli soluzioni che concorrono a realizzare l'obiettivo di un processo in tempi brevi: il fondamento del premio starebbe nella diminuzione dei costi patiti dalla collettività a seguito di una scelta dell'imputato, che ha valore attenuante non già perché dimostra un suo ritorno al diritto ma perché ha una utilità sociale e collettiva, consentendo di celebrare prima e con meno energie il suo processo e dunque agevolando la celebrazione di altri processi e coadiuvando al ristabilimento della pace giuridica (Marafioti).

¹⁴⁶ Una *ratio* «sostanziale e processuale insieme» (M. CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., p. 525).

¹⁴⁷ Definirli «condotte susseguenti al reato» varrebbe solo a fini descrittivi: le motivazioni possono essere le più diverse, e solo in alcuni casi esse possono «intercettare, sulla scia di altri riscontri (si pensi all'astensione dal crimine nel lasso di tempo prescritto per conseguire l'estinzione del reato e degli effetti penali), l'obiettivo di un consapevole e duraturo ritorno al delitto»: M. CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., p. 522.

¹⁴⁸ M. CAPUTO, *Il diritto penale*, cit., p. 525

¹⁴⁹ Riprende efficacemente l'espressione usata dai penalisti d'oltreoceano E. AMODIO, *Giustizia penale*, cit., p. 3409, il quale osserva come, quando sceglie la strada del patteggiamento, «l'imputato mostra di adeguarsi ad un principio costituzionale di ragionevolezza dei tempi processuali, rinunciando al suo diritto alla prova e accetta la sanzione autoimponendosela. Egli perciò appare meritevole di un'attenuazione della pena perché questa sua condotta successiva al reato esprime l'adesione a valori costituzionali che lo rendono meritevole di un particolare trattamento sanzionatorio».

determinazione della pena, che venga presa in considerazione la condotta dell'imputato contemporanea o susseguente al reato; in tal senso la richiesta del giudizio abbreviato contribuisce ad un'attuazione più rapida della giustizia»¹⁵⁰.

In realtà, lo sconto riconosciuto all'imputato che chiede l'abbreviato è più una *compensazione* che un *premio*: quest'ultimo concetto presuppone un 'merito', essendo un riconoscimento per il risultato ottenuto; compensazione è l'atto che ristabilisce un equilibrio alterato, e presuppone uno svantaggio.

Il nostro codice accusatorio si fonda sul diritto alla prova e sul contraddittorio probatorio, quale metodo meno imperfetto per giungere ad una decisione accurata; siccome si tratta di un metodo che diverrebbe presto impraticabile ove adottato per trattare ogni affare penale, il sistema prevede uno schema alternativo, meno oneroso perché meno garantito, a scelta dell'imputato; quest'ultimo viene incentivato a scegliere il rito semplificato attraverso la prospettiva di uno sconto in caso di condanna.

L'imputato che chiede il rito abbreviato non 'merita' alcuna attenuazione della pena. Egli viene piuttosto compensato della situazione di vantaggio che il p.m. guadagna vedendosi trasformata in prova tutta la sua attività investigativa, e del corrispondente svantaggio che ciò comporta per la difesa. Tanto che il premio resta dovuto anche se dalla sua scelta processuale non derivi, in concreto, alcun effettivo risparmio.

Ove non vi sia uno svantaggio da compensare, ridurre la pena in ragione di una condotta processuale tenuta dall'imputato non può – di per sé – avere alcuna giustificazione. Se non quella di un'inammissibile (eticamente, prima ancora che giuridicamente) strumentalizzazione dell'imputato a fini sociali.

Questa logica compensativa peraltro non può avere spazio fuori dai riti deflativi del dibattimento, in cui – in presenza di una opzione che importa la rinuncia generalizzata al metodo ordinario di accertamento – il riconoscimento dello sconto è previsto in via generale ed astratta dalla legge, è collegato ad una opzione personalissima dell'imputato (sottratta all'ambito delle valutazioni tecniche che competono al difensore), ed è circondato da una serie di cautele che assicurano che tale scelta sia davvero libera e consapevole¹⁵¹.

¹⁵⁰ Corte cost., 16 giugno 1990, n. 284, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1774 (leggi le critiche severe di E. MARZADURI, *Poteri delle parti*, cit., p. 99).

¹⁵¹ Si pensi alla comparizione dell'imputato che in caso di patteggiamento può

Nell'ambito del rito ordinario, invece, ove il difensore, di fronte ad un mutamento del giudice-persona durante il dibattimento, scegliesse di non richiedere la rinnovazione di tutte le escussioni già espletate, non potrebbe certo aspirare ad alcuna riduzione di pena, neppure laddove la scelta comportasse una notevolissima economia di tempi ed energie.

Quanto agli accordi sulla formazione del fascicolo, è evidente che essi non possono che essere del tutto ininfluenti nella commisurazione giudiziale della pena: l'imputato che conviene l'annessione di un atto, o di una serie di atti di indagine, non rinuncia al metodo istruttorio ordinario, ma opera scelte strategiche, basate su valutazioni di convenienza difensiva.

Anzi, si può dire che alla prova desumibile dai protocolli pattizialmente allegati al fascicolo egli ha 'partecipato', sebbene attraverso una modalità non contenziosa (almeno secondo la ricostruzione dell'istituto accolta nel paragrafo precedente). In ogni caso, anche rispetto alle circostanze fattuali alle quali quegli atti si riferiscono, l'imputato mantiene il proprio ordinario diritto a chiedere, nel dibattimento, l'acquisizione di ogni prova utile *ex art.* 190, come ha ben chiarito la Corte costituzionale nella citata sentenza n. 182 del 2001¹⁵².

Persino ove la scelta negoziale del difensore si riveli, nel corso dell'istruzione ed alla luce delle sue risultanze, strategicamente sbagliata o non completamente appagante, lo stesso ha ancora la possibilità di sollecitare il giudice a recuperare quella oralità che erroneamente aveva in origine ritenuto superflua, sollecitando le prerogative officiose assegnate a quest'ultimo dall'art. 507 comma 1-*bis*. Non avrebbe le medesime *chances* l'imputato che abbia chiesto il giudizio abbreviato, e che il quale, dopo aver rinunciato al metodo oralità, non può confidare nel potere-dovere istruttorio del g.u.p., che, pur eccitabile dalla parte, sorge solo di fronte all'impossibilità di «decidere allo stato degli atti». Una condizione che potrebbe facilmente essere esclusa ove la parte chieda la prova orale corrispondente all'atto di indagine già acquisito al giudizio¹⁵³.

essere disposta dal giudice per verificare «la volontarietà della richiesta o del consenso» (art. 446 comma 5).

¹⁵² *Retro*, § 5.3. Sulla inidoneità del consenso all'acquisizione di atti a consumare il diritto alla prova della parte cfr. *infra*, cap. VIII § 1.

¹⁵³ R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 730; conforme F. ZACCHÈ, *Il giudizio abbreviato*, cit., p. 101 (per una diversa interpretazione, D. NEGRI, *Il nuovo giudizio abbreviato*, cit., p. 479). In giurisprudenza, v. Cass., Sez. V, 7 luglio 2005, n. 5931, Capezzuto, in *C.E.D. Cass.*, n. 233845; Cass., Sez. III, 13 febbraio 2003, n. 12853, Paccone, *ivi*, n. 224865.

CAPITOLO IV

FASCICOLO PER IL DIBATTIMENTO E PROCEDIMENTO PROBATORIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Critica alla tesi secondo cui l'accordo richiederebbe un controllo di ammissibilità probatoria. – 2.1. Legalità degli atti negoziati. – 2.2. Rilevanza e non superfluità degli atti negoziati. – 3. Critiche all'assimilazione tra gli accordi e le «richieste di prova». – 4. Applicazione del regime degli atti allegati *ex lege*. – 5. Le letture presuppongono un controllo di rilevanza? – 5.1. Critiche. – 6. La funzione delle letture dibattimentali – 6.1. Le letture dal fascicolo per il dibattimento. – 6.2. Le letture dal fascicolo del pubblico ministero. – 6.3. L'indicazione di utilizzabilità. – 6.4. Gli effetti 'acquisitivi' delle letture. – 6.5. Le letture in appello. – 6.6. Conclusioni: omessa lettura e omessa indicazione. – 7. L'assenza del controllo di rilevanza. – 8. Il procedimento acquisitivo degli atti concordati.

1. PREMESSA

L'istituto degli accordi sul fascicolo ha raramente formato oggetto di pronunce giurisprudenziali, ma ciò dipende, più che dall'assenza di aspetti controvertibili, dal fatto che esso non è destinato ad impieghi su vasta scala. Si registra, di contro, un vivo interesse da parte della dottrina, non soltanto per i tratti inediti della fattispecie processuale, ma anche e soprattutto perché il suo ingresso nel sistema, quale nuovo metodo, non orale, di elaborazione probatoria, è caduto, in modo alquanto singolare, nel corso di una evoluzione normativa tutta protesa verso una rivalutazione del dibattimento come luogo privilegiato di formazione della prova¹.

La cospicua elaborazione dottrinale ha portato alla luce vari aspetti problematici. Uno, non secondario, nella definizione della fisionomia del nuovo istituto riguarda l'aspetto dinamico: secondo quale procedi-

¹ Evoluzione che ha avuto il suo acme nella novella che ha modificato l'art. 111 Cost. (l. n. 2 del 1999).

mento gli atti inseriti nel fascicolo su accordo delle parti diventano ‘prove’ fruibili per la decisione? Dove rintracciare i momenti della ‘ammissione’ e della ‘acquisizione’ probatoria?

Il legislatore del 1999 ha disegnato in pochi tratti non soltanto gli aspetti ‘di struttura’ ma anche quelli procedurali: le norme non precisano l’itinerario attraverso il quale i verbali negoziati si trasformano in ‘prove’, lasciando anche qui all’interprete un difficile compito ricostruttivo. La ricostruzione è invece importante, non soltanto perché essa condiziona la soluzione di molti degli interrogativi cui si accennava, ma anche perché serve a individuare la distribuzione all’interno del nuovo istituto dei ruoli tra giudice e parti.

Solitamente si tende a ricondurre questi accordi sul fascicolo all’interno degli schemi già conosciuti di procedimento probatorio, assimilando le acquisizioni concordate alle ‘richieste di prova’ *ex art. 493 comma 1* oppure agli atti inseriti *ab origine* nel fascicolo *ex art. 431 comma 1*. Senonché, il nuovo istituto genera sequenze procedurali non riconducibili né all’uno né all’altro modello. Vale la pena riflettervi perché l’individuazione delle tappe del procedimento condiziona la soluzione di molte delle questioni operative suscitate dall’istituto.

Viene anzitutto da chiedersi dove si collochi, in relazione a questi accordi processuali, il momento dell’ammissione, e quali ne siano i canoni; in altre parole, se operi qui la prerogativa giudiziale – fondamentale in un sistema che affida alle parti la provvista probatoria – consistente nel controllo di ammissibilità dei mezzi selezionati dai contendenti, e come eventualmente si esprima tale prerogativa.

2. CRITICA ALLA TESI SECONDO CUI L'ACCORDO RICHIEDEREBBE UN CONTROLLO DI AMMISSIBILITÀ PROBATORIA

È indubitabile che l’efficacia di un qualunque ‘accordo’ processuale tra le parti debba passare attraverso un *provvedimento giudiziale*: occorre che il giudice controlli la compiuta integrazione della fattispecie ‘negoziale’ e, nel caso positivo, provveda secondo le disposizioni di legge.

Come è noto, non esiste nel diritto del processo una figura giuridica di ‘negozio’, come fattispecie immediatamente produttiva di effetti giuridici: nell’universo processuale nessun effetto può sprigionarsi dalla volontà di una delle parti – sola o saldata al consenso di un’altra – se non il sorgere di un dovere di pronuncia in capo all’organo giudiziario².

² Quelle che sembrano, nel codice, figure ‘negoziali’ non sono che frammenti di

Pertanto anche gli accordi sul contenuto del fascicolo dibattimentale, una volta conclusi, lungi dal provocare immediatamente il transito di un atto da un fascicolo all'altro, creano per il giudice l'obbligo di disporre il trasferimento dell'atto negoziato, che pone capo ad un provvedimento ricognitivo delle condizioni alle quali la legge ricollega l'effetto (la 'trasmigrazione' del verbale): l'incontro tra le volontà, validamente formate ed espresse, delle parti processuali, l'appartenenza dell'atto o degli atti su cui è caduto l'accordo al fascicolo del p.m. ovvero alla documentazione delle indagini difensive. Il giudice dà atto, insomma, che sussiste una concorde volontà dei contendenti tesa all'inclusione nel *dossier* ufficiale del verbale presente nel fascicolo delle parti.

Del resto, il confezionamento del fascicolo è opera del g.u.p., al quale spetta disporre, verificati i presupposti, che un atto sia trasferito dall'uno all'altro *dossier*: Potrebbe provvedervi addirittura personalmente, avendo sotto mano le carte. In dibattimento, poi, è il giudice che provvede: in ordine agli atti da restituire al p.m. perché illegittimamente inclusi nel fascicolo processuale; in ordine ai verbali da inserire, in quanto erroneamente tralasciati (art. 491 comma 4); in ordine agli atti da allegare all'esito della loro lettura dibattimentale (art. 515, in relazione agli artt. 512-513). È naturale dunque che passino attraverso un suo provvedimento anche gli incrementi consensuali del fascicolo d'ufficio.

Per quanto i contenuti di questo provvedimento non siano – possiamo già dirlo – quelli della 'tradizionale' ordinanza con la quale il giudice dispone o nega l'ammissione delle prove richieste dalle parti, il giudice che decide se dar corso o meno all'acquisizione concordata non può esimersi dal motivare: la motivazione potrà essere implicita nel caso in cui il giudice 'ponga in esecuzione' l'accordo, ma dovrà essere espressa nell'ipotesi in cui rilevi la non compiuta integrazione del patto istruttorio.

E tuttavia, se è sicuro che per l'efficacia del negozio occorra un provvedimento giudiziale, appaiono controvertibili i confini della delibazione: viene da chiedersi, infatti, se la verifica degli elementi costitutivi della fattispecie processuale si accompagni ad un controllo *sub specie* di ammissibilità probatoria dei *contenuti del verbale* investigativo oggetto dell'accordo. La dottrina si divide tra chi ritiene necessario un vaglio preventivo di ammissibilità probatoria *ex art.* 190, sulla

sequenze procedurali culminanti nel sorgere di un obbligo in capo al giudice (F. CORDERO, *Le situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 204)

scorta di tutti i parametri ivi indicati, e chi invece nega che il sistema richieda (*rectius* consenta) un tale filtro³.

Del resto, se le acquisizioni concordate rappresentano un nuovo tipo di prerogativa istruttoria concessa alle parti, e se i parametri di cui all'art. 190 hanno portata generale, non è fuori luogo domandarsi se anche in questi casi l'apporto probatorio sia assoggettato a quel controllo preventivo in base al quale il giudice deve negare l'accesso alle prove contrarie alla legge oppure manifestamente superflue o irrilevanti.

I testi suggeriscono la soluzione negativa: l'art. 495 riserva la delibazione ammissiva secondo i criteri enunciati dall'art. 190 alle prove *richieste* dalle parti (*ex* art. 493 comma 1), e qui manca la 'richiesta di prova'; le parti, insieme, non 'chiedono al giudice' bensì concordano l'acquisizione dell'atto al fascicolo. L'atto della parte non ha un contenuto di *domanda* ma di *dichiarazione*, che ha come destinatario non il giudice ma l'altra parte, ed è destinata ad approdare in un accordo⁴.

In altre parole, la fattispecie riconnette l'effetto giuridico – la transizione dell'atto da un fascicolo all'altro – all'*unico* elemento costitutivo dell'accordo.

Ritenere, dunque, che tale effetto acquisitivo sia condizionato alla verifica della pertinenza, utilità e legalità dell'atto significa introdurre in via interpretativa un elemento costitutivo che la fattispecie legale non prevede, oppure, assumere – ma sempre in via di interpretazione – che vi sia una scissione tra perfezione ed efficacia del negozio processuale, la prima determinata dall'incontro dei consensi, l'ultima dal provvedi-

³ Ritengono imprescindibile un controllo preventivo di ammissibilità G. ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., p. 802; N. GALANTINI, *Limiti e deroghe*, cit., p. 103 e 1840; S. BUZZELLI, *Fascicolo dibattimentale*, p. 395; G. CASARTELLI, *Le innovazioni*, cit., p. 185; L. KALB, *La richiesta di ammissione*, cit., p. 180; R. MAGI, *Accordi sulla prova*, cit., p. 145; P. MOSCARINI, sub *Art. 493*, cit., p. 6328. In senso contrario F. SIRACUSANO, *L'udienza di comparizione*, cit., p. 81; H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 134; G.M. BACCARI - C. CONTI, *Una nuova espressione*, cit., p. 882; R. BRICHETTI, sub *Art. 431*, cit., p. 703; M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 201 ss.; con riferimento all'accordi conclusi nell'udienza preliminare, A. SCELLA, *La formazione in contraddittorio*, cit., p. 437.

⁴ In tal senso, G. ANDREAZZA, *Gli atti preliminari al dibattimento*, cit., p. 211. A. PROCACCINO, *Il ruolo dell'imputato*, cit., c. 701 nota come, mentre di regola l'atto d'iniziativa probatoria della parte consiste in una richiesta, «da valutare ad opera del giudice per il tramite del metodo contraddittorio», che «rientra sempre nella matrice tipica dell'atto giurisdizionale (atto di tre persone), non esauendo mai i propri effetti nel momento stesso del compimento», il patto sul fascicolo diventa «atto – sì dialettico – ma creato al di fuori della struttura triadica dibattimentale».

mento ammissivo del giudice che a quel punto ricalcherebbe lo schema dell'ordinanza di cui all'art. 495.

In realtà, il provvedimento giudiziale resta fuori dalla fattispecie processuale, quale atto ricognitivo della compiuta integrazione della stessa e esecutivo del relativo effetto legale, ed è necessitato soltanto dalla circostanza che la volontà delle parti non agisce in un ambito aperto all'autonomia privata, ma nell'alveo di una attività pubblica quale quella processuale⁵.

Va pertanto escluso che i requisiti di ammissibilità probatoria dell'atto incidano sull'effetto 'immediato' del patto probatorio, ossia la trasmissione dell'atto dal fascicolo del p.m. a quello del dibattimento⁶.

2.1. Legalità degli atti negoziati

Per quanto riguarda il controllo di 'conformità a legge' dell'atto d'indagine acquisito al fascicolo dibattimentale su accordo delle parti, occorre precisare: non c'è dubbio che a tale controllo non possa sfuggire la prova che le parti concordi sottopongano al giudice. Valgono, *mutatis mutandis*, le riflessioni svolte dalla giurisprudenza in relazione al giudizio abbreviato: il consenso non ha forza sanante fuori dai casi in cui è espressamente previsto (art. 183)⁷. Perciò, l'atto consensualmente annesso al fascicolo ufficiale che risulti affetto da patologie che non siano sanabili da comportamenti acquiescenti, resta inidoneo all'impiego probatorio *nonostante* l'acquisizione concordata, ed il giudice è tenuto a dichiarare tale inidoneità⁸.

⁵ Quanto al rapporto tra giudice e parti, la figura dell'acquisizione concordata di atti riproduce, invertito, lo stesso schema rinvenibile nella rinuncia concordata alla prova ammessa (art. 495 comma 4-*bis*): anche in quel caso l'effetto processuale sporigiona direttamente dall'accordo tra le parti e il provvedimento giudiziale (sempre necessario: il comma 4-*bis* non fa eccezione alla regola posta dal comma 1) ha carattere meramente ricognitivo (la giurisprudenza, la riteneva superflua: v. Cass., Sez. I, 28 aprile 1997, Donato, in *C.E.D. Cass.*, n. 207822, ma prima della riformulazione della norma ad opera della l. n. 397 del 2000; conforme P. FELICIONI, *La rinuncia alla assunzione*, cit., p. 464). Il provvedimento serve soltanto a verificare la sussistenza dell'accordo; in caso positivo il giudice è tenuto a revocare l'ammissione; l'eventuale recupero della prova, ex art. 507, potrà aver luogo poi, ad istruzione terminata.

⁶ È invece di quest'opinione G. BIANCHI, *L'ammissione della prova*, cit., p. 126, secondo il quale «le parti» (non è chiaro quale tra esse) avrebbero addirittura «l'onere» di argomentare, in sede di richieste di prova, circa la non manifesta superfluità o irrilevanza degli atti investigativi oggetto del patto.

⁷ Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, n. 16, Tammaro, in *C.E.D. Cass.*, n. 216246-9.

⁸ Tale dichiarazione avverrà verosimilmente in coda all'istruzione quando indi-

Ciò che invece la disciplina positiva non contempla, è che l'illegittimità dell'atto impedisca al 'negozio' processuale di perfezionarsi e produrre i propri effetti, ossia la traslazione dell'atto dall'uno all'altro fascicolo. Non è questione da poco: se il controllo di legalità dell'atto condiziona l'effetto traslativo, al verbale è preclusa anche la materiale annessione al *dossier*; se al contrario il transito avviene a prescindere dalla validità dell'atto, la declaratoria del vizio, contestuale all'inserimento o successiva, impedisce soltanto l'impiego decisorio del verbale, il quale nondimeno transita, o resta, all'interno dell'incartamento ufficiale.

Ebbene, bisogna rilevare che né la fattispecie di cui all'art. 431 comma 2, né quella contenuta negli artt. 493 comma 2 e 555 comma 4 condizionano l'effetto 'acquisitivo' ad una tale delibazione giudiziale: l'eventuale dichiarazione di utilizzabilità, insomma, non sarebbe ostativa all'ingresso del verbale nel fascicolo.

Del resto, la circostanza che tali norme non prevedano una verifica di conformità alla legge appare, in un certo senso, 'naturale' in relazione agli accordi stipulati in sede di formazione del fascicolo nel corso dell'udienza preliminare, visto che simili valutazioni esulano dall'ordinario ambito di discrezionalità riconosciuto al giudice dell'udienza preliminare nella selezione degli atti da includere nell'incartamento ufficiale⁹.

Sembra dunque corretto affermare che il giudice deve comunque dar corso all'accordo acquisitivo, anche se rilevi e dichiari che l'atto stesso è affetto da una qualche patologia processuale. D'altra parte, chi ritiene che l'effetto traslativo sia condizionato ad un controllo di legalità dell'atto negoziato, è costretto ad escogitare, per il caso in cui l'accordo stipulato *ex art.* 493 comma 3 incappi in un inopinato diniego, un rimedio per il contendente al quale serve una prova orale che non aveva indicato in lista, confidando nell'acquisizione del protocollo cartaceo: al provvedimento reiettivo dovrebbe seguire una riapertura dei termini, *ex art.* 493 comma 2 «lì dove le parti abbiano fatto erroneo affidamento» nell'acquisibilità degli atti viziati¹⁰.

cherà gli «atti utilizzabili ai fini della decisione» *ex art.* 511. Tuttavia l'atto non potrà essere valorizzato nella decisione anche se erroneamente dichiarato utilizzabile. Per i vizi insanabili (nullità assolute, inutilizzabilità) il consenso all'impiego decisorio dell'atto può rimediare al vizio G.M. BACCARI - C. CONTI, *Una nuova espressione*, cit., p. 880.

⁹ V. *infra*, cap. II § 3.

¹⁰ R. MAGI, *Accordi sulla prova*, cit., p. 144, ritiene che l'illegittimità dell'atto renda l'accordo «inammissibile»; il controllo di legalità degli atti negoziati in udienza preliminare andrebbe effettuato *a posteriori* dal giudice dibattimentale il quale dovrebb-

Ecco allora un primo impatto del nuovo istituto sulle regole generali in tema di istruzione probatoria: quali che siano i tempi e i contenuti del controllo di legalità degli atti negoziati, le nuove prerogative delle parti aumentano la possibilità che materiali non utilizzabili per la decisione giungano nella disponibilità del giudice dibattimentale. Non si allude ovviamente alla fisiologica inutilizzabilità che caratterizza gli atti di indagine, in quanto tali, *ex art.* 514, ma ad informazioni che sarebbero vietate da altre, specifiche, disposizioni di legge.

Non può escludersi infatti che i patti sul fascicolo facciano affluire verbali riguardanti atti investigativi posti in essere in spregio alle norme che ne regolano il compimento e che sono sanzionate col divieto di qualsiasi spendibilità nel giudizio (cfr. ad es., art. 407 comma 3). E non solo: l'acquisizione concordata di atti d'indagine (pur legittimamente compiuti) può consentire l'ingresso nel processo di informazioni la cui acquisizione sarebbe vietata dalle regole dibattimentali, in ragione della regolamentazione differenziata di questi atti rispetto alle corrispondenti attività istruttorie: si pensi ad un verbale di sommarie informazioni che contenga dichiarazioni su fatti in relazione ai quali una testimonianza non sarebbe ammessa (apprezzamenti personali scindibili dai fatti, moralità dell'imputato, voci correnti), o dichiarazioni stimolate da domande suggestive¹¹.

Si direbbe un trionfo della logica anglosassone del *party control*, e forse è vero, ma non bisogna trascurare la differenza che passa tra i sistemi con giuria, che non conoscono l'obbligo di motivazione della sentenza, e il nostro processo: quand'anche le parti, per una contingente convergenza di interessi o per un comune difetto di diligenza, sottopongano al giudice materiale che la legge vieta di impiegare per la decisione, il rispetto delle regole probatorie – oltre ad essere salvaguardato dal controllo di utilizzabilità degli atti che il giudice non può mancare di effettuare prima di ritirarsi in camera di consiglio (art. 511) – resta pur sempre verificabile nello specchio della motivazione.

be procedere «alla eliminazione degli atti dal fascicolo per il dibattimento *ex art.* 491 c.p.p. (ove già inseriti *ex art.* 431 comma 2) o alla non emissione, in tale parte, dell'ordinanza ammissiva *ex artt.* 495 e 190 c.p.p.».

¹¹ Preoccupati, ma convinti che una tale conseguenza sia un portato inevitabile del nuovo regime G.M. BACCARI - C. CONTI, *Un nuovo metodo*, cit., p. 882; H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit. p. 134; G. ANDREAZZA, *Gli atti preliminari al dibattimento*, cit., p. 211; R. BRICHETTI-L. PISTORELLI, *L'udienza preliminare*, cit., p. 325.

2.2. Rilevanza e non superfluità degli atti negoziati

Ancora più decisamente si può escludere, tra le condizioni di efficacia dell'accordo, un controllo preventivo di rilevanza e di utilità della prova: se una verifica dell'atto in termini di legalità sarebbe in astratto praticabile, un vaglio di rilevanza non solo non è previsto, ma non sarebbe neppure tecnicamente concepibile.

Si badi: il fatto che, a fronte della volontà concorde dei contendenti di somministrare al giudice un dato materiale istruttorio, si preveda un vaglio giudiziale preventivo in termini di 'non manifesta irrilevanza' e 'non manifesta superfluità' delle informazioni ricavabili dall'atto potrebbe apparire, anche in un processo di parti, non inutile né ingiustificato.

La circostanza che l'apporto istruttorio nasca da un accordo tra le parti garantisce solo fino ad un certo punto sulla sua pertinenza ed utilità: le logiche strategiche che presiedono a tali negoziati sono spesso insensibili a considerazioni relative all'utilità ai fini dell'accertamento. Si pensi alla parte che acconsente ad una acquisizione barattando il proprio assenso con quello dell'antagonista rispetto ad altri atti. Anzi, in una prospettiva esattamente opposta, proprio il coagularsi del consenso di soggetti istituzionalmente portatori di interessi contrapposti intorno alla scelta di somministrare al giudice un dato materiale probatorio potrebbe deporre per una sostanziale irrilevanza dello stesso¹². Le istanze sottese al vaglio preliminare di rilevanza della prova sembrerebbero quindi restar valide anche in rapporto alle pattuizioni in parola. Vedremo, tuttavia, come il legislatore abbia optato per una scelta opposta.

La questione, sebbene sia di forte impatto su di un aspetto nevralgico del sistema – rapporti tra giudice e parti in ordine alla selezione delle prove – ha di contro risvolti pratici modesti: supponendolo esistente, un vaglio in termini di pertinenza ed utilità del materiale 'patteggiato' sarebbe destinato ad essere praticato in modo assai blando. In primo luogo, gli accordi acquisitivi trovano un atteggiamento tutt'altro che ostile nei giudici, fatalmente attratti dalle prospettive di recupero del sapere investigativo. In secondo luogo, l'istanza economica sottesa al vaglio di rilevanza è avvertita prevalentemente per le prove *constituendae* e molto meno per quelle precostituite, la cui acquisizione costa assai meno in termini di 'lavoro dibattimentale'.

Dedicare alla questione qualche riflessione è pertanto utile, più

¹² G. GARUTI, *Dal dissenso immotivato*, cit., p. 1331.

che per il rilievo sul piano applicativo, per l'incidenza sui connotati dispositivi dell'attuale sistema istruttorio. Analizziamo le ricostruzioni interpretative astrattamente praticabili.

3. CRITICHE ALL'ASSIMILAZIONE TRA GLI ACCORDI E LE «RICHIESTE DI PROVA»

Seguendo una prima linea esegetica si può ricostruire l'itinerario acquisitivo dei verbali negoziati secondo gli schemi propri delle «richieste di prova» (art. 493 comma 1), così valorizzando l'indubbia affinità tra i patti sul fascicolo e le 'ordinarie' iniziative probatorie di parte¹³. È possibile, cioè, ipotizzare un vaglio giudiziale di ammissibilità effettuato ai sensi dell'art. 190 comma 1, in ordine agli atti acquisiti pattiziamente che sfoci in un provvedimento motivato, come vuole l'art. 495¹⁴.

Tuttavia, tale schema 'ordinario' di selezione delle prove, astrattamente compatibile con gli accordi dibattimentali (in ipotesi, il patto sarebbe una 'richiesta congiunta'), appare assolutamente inapplicabile alle acquisizioni concordate in udienza preliminare, ove una deliberazione circa la rilevanza ed utilità del contributo informativo fornito dall'atto d'indagine non è praticabile.

Sebbene in dottrina si sia voluta configurare la selezione del giudice dell'udienza preliminare come una sorta di controllo ammissivo anticipato, sembra di poter affermare che la scelta degli atti da inserire nel fascicolo ufficiale non è condizionata da nessuno dei parametri di ammissibilità probatoria di cui all'art. 190.

Ammettiamo che al giudice dell'udienza preliminare sia affidato un (primo) controllo sulla 'non manifesta irrilevanza' degli atti da includere¹⁵. Si vede subito come, anzitutto, una tale incombenza potrebb-

¹³ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., in P. FERRUA - F.M. GRIFANTINI - G. ILLUMINATI - R. ORLANDI, *La prova*, cit., 2007, p. 65; N. GALANTINI, *Limiti al contraddittorio*, cit., p. 2123; P. MOSCARINI, sub *Art. 493*, cit., p. 2231; R. MAGI, *Accordi sulla prova*, cit., p. 145.

¹⁴ E, tuttavia, si noti che il risultato di un tale provvedimento 'ammissivo', ovunque lo si voglia collocare, sarebbe *soltanto* – come si è detto nel paragrafo precedente – quello di asseverare l'utilizzabilità probatoria nell'atto, e non anche quello di legittimare la sua materiale transizione nel *dossier* dibattimentale, ormai avvenuta in virtù dell'accordo.

¹⁵ Si tratterebbe di una deliberazione interinale e provvisoria, perché il giudice dibattimentale potrebbe esprimere un avviso contrario, ma ciò non costituirebbe un'anomalia: le valutazioni sull'utilità di una prova sono modificabili finché la stessa non

be essere assai difficile da adempiere: non sempre, infatti, la rilevanza di un elemento probatorio può essere apprezzata sulla base dell'imputazione; lo è soltanto quando il dato sensibile offerto alla percezione del giudice corrisponde *direttamente* ad uno dei *facta probanda ex art. 187*. Assai spesso invece il 'fatto' al quale la prova immediatamente si riferisce – di per sé estraneo ai temi enunciati da tale disposizione – serve a dimostrare, attraverso una serie di inferenze, un diverso fatto che rientra nel catalogo dei fatti provabili.

Ebbene, quando il percorso inferenziale è complesso la riconducibilità dell'oggetto della prova (l'informazione desumibile dal verbale, nel nostro caso) ai *facta probanda* può non essere apprezzabile senza un'attività assertiva ed argomentativa della parte, volta all'enunciazione di un certo assunto ed alla spiegazione della sua utilità ai fini del giudizio. Questa attività non trova spazio alcuno nell'udienza preliminare, dove la selezione è effettuata in base alla tipologia degli atti secondo un'elencazione normativa, e non sulla scorta delle richieste dei contendenti¹⁶. Salvo ritenere che in udienza preliminare, dove il giudice è in possesso dell'intero incartamento delle indagini, trovi posto una verifica preventiva di rilevanza delle prove effettuata dal giudice nella *propria* prospettiva, con sostanziale obliterazione di una regola cardine del principio dispositivo secondo cui la selezione dei mezzi di prova rilevanti è affare delle parti.

Così pure sarebbe inconfigurabile un sindacato sulla 'non-manifesta-superfluità' dell'atto investigativo. Esso presuppone una valutazione comparativa tra una certa prova e le informazioni desumibili dalle prove già ammesse o comunque agli atti, e in quella sede risulterebbe

venga acquisita (cfr. l'ultima parte del quarto comma dell'art. 495 «il giudice, sentite le parti, può revocare con ordinanza l'ammissione di prove che risultano superflue o ammettere prove già escluse» G. ILLUMINATI, *Ammissione*, cit., p. 87) e in questo caso, l'acquisizione probatoria non avverrebbe, secondo l'opinione interpretativa più accreditata prima della lettura dibattimentale *ex art. 511*.

¹⁶ Il controllo della non manifesta irrilevanza *ex art. 190* non può che essere effettuato dal giudice del dibattimento con riferimento ai fatti indicati nella esposizione introduttiva (G. ILLUMINATI, *Ammissione*, cit., p. 84). Effettuati dal g.u.p., sulla base dell'intero fascicolo delle indagini, la selezione sarebbe effettuata non nella prospettiva delle parti ma in quella del giudicante. Le esposizioni d'esordio servono proprio a trasmettere al giudice quel tanto di conoscenze che gli sono necessarie per provvedere in relazione alle richieste di prova, oltre che a 'seguire' la rappresentazione dei fatti che ogni parte fornirà nel proprio 'caso' (cfr. G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, cit., p. 586). Ogni parte elabora «una 'storia' dove sia riconoscibile il filo che attraversa i fatti stessi componendoli in unità narrativa»; il giudice «per appurarne la pertinenza rispetto all'imputazione [...] ha bisogno [...] di inquadrare quei 'fatti' nella 'storia' o, se si preferisce, nel 'racconto' che ciascuna parte propone» (R. ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit., p. 37).

assai poco selettivo: visto che la formazione della prova è ancora da venire, il g.u.p. potrebbe, al più, lasciar fuori gli atti il cui contenuto reiteri un risultato desumibile da altri verbali investigativi già inseriti.

In conclusione, sembra estraneo ai compiti di questo giudice un controllo in termini di rilevanza ed utilità degli atti da includere nel fascicolo per il dibattimento.

Si noti incidentalmente che, così perimetrata le valutazioni del g.u.p., trova spiegazione anche la scelta legislativa di non includere tra i contenuti originari del *dossier* dibattimentale i documenti eventualmente già presenti nell'incartamento del p.m. in quanto reperiti da quest'ultimo o prodotti dalla difesa; scelta che non avrebbe affatto vulnerato la *ratio* del principio di separazione delle fasi, visto che i documenti sono prove necessariamente precostituite¹⁷. Ciò nonostante, il legislatore ha voluto ritardare al momento delle richieste istruttorie dibattimentali la produzione dei documenti: il motivo può comprendersi considerando che l'ingresso di queste prove nel giudizio senza un filtro di rilevanza avrebbe costituito una soluzione assai rischiosa dal punto di vista economico, essendo le produzioni documentali virtualmente illimitate¹⁸. Torniamo alle acquisizioni concordate: se in sede di confezionamento del fascicolo l'art. 190 non trova applicazione, la medesima conclusione non può non esser tratta anche per gli accordi stipulati *in limine litis*. La circostanza che tali patti siano stati previsti già in udienza preliminare avvalora l'impressione, già trasmessa dal dato normativo, che l'efficacia del negozio non sia subordinata ad un vaglio di ammissione probatoria¹⁹.

¹⁷ La prova documentale costituisce non una deroga ma un 'limite' al principio del contraddittorio nella formazione della prova, che è applicabile all'atto documentato ma non alla sua rappresentazione documentale: così, lucidamente, A. NAPPI, *La prova documentale*, cit., p. 1189.

¹⁸ Forse la soluzione di includere *ex lege* ogni documento prodotto dalle parti era inizialmente presente negli intenti dei compilatori: l'art. 427 del progetto preliminare (l'attuale art. 431) includeva (lett. e) tra i contenuti necessari del fascicolo d'ufficio «il certificato generale del casellario giudiziale e gli altri documenti acquisiti». Ma nel progetto definitivo si precisava che tali documenti erano quelli «indicati nell'articolo 236» (necessari al giudizio sulla personalità dell'imputato); la Relazione spiega che la precisazione ha voluto «evitare che la generica locuzione "documenti" [...] volesse riferirsi a qualsiasi prova documentale» (v. G. CONSO - V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., vol. V, *Il progetto definitivo*, cit., p. 832).

¹⁹ G.M. BACCARI - C. CONTI, *Una nuova espressione*, cit., p. 882 nota come sarebbe ingiustificata una disciplina diversa, a seconda che il patto intervenga in udienza preliminare o in dibattimento. La disparità sarebbe superabile solo ipotizzando un sindacato, officioso e postumo, del giudice dibattimentale sugli accordi intervenuti nella fase precedente. Il meccanismo, alquanto complicato, funzionerebbe così: l'accordo in

A questo punto si può trarre una prima, provvisoria conclusione: il materiale passaggio dei protocolli investigativi, in forza di un accordo tra le parti, dal fascicolo del pubblico ministero all'incartamento ufficiale avviene, in udienza preliminare come in dibattimento, senza che il giudice debba o possa *preventivamente* saggiare la conformità a legge degli atti stessi né la loro utilità per il giudizio.

4. APPLICAZIONE DEL REGIME DEGLI ATTI ALLEGATI *EX LEGE*

Occorre chiedersi ora quale spazio resti per un vaglio di ammissione probatoria *successivo* all'ingresso degli atti nel fascicolo, ossia per una valutazione giudiziale che, pur senza incidere sul perfezionamento del negozio acquisitivo, preceda l'ingresso degli atti in questione all'interno delle 'prove' fruibili per la decisione.

Abbandonata l'idea di assimilare, in punto di disciplina, le acquisizioni concordate alle «richieste di prova» *ex art. 493 comma 1*, possiamo immaginare che l'itinerario acquisitivo degli atti 'negoziati' segua la regole stabilite per i verbali inclusi nel fascicolo d'ufficio *per diretta previsione di legge*, come gli atti irripetibili.

In effetti, le due categorie presentano forti analogie: fanno ingresso nel processo attraverso il materiale inserimento nel *dossier* sin dal suo confezionamento; il giudice ne ha conoscenza e disponibilità sin dall'inizio del dibattimento; possono entrare nel materiale valutabile nella decisione anche per autonoma iniziativa del giudicante, a prescindere da un impulso di parte.

Il fatto che il legislatore del 1999 si sia astenuto dal disegnare un apposito procedimento acquisitivo può far concludere che si sia inteso assoggettare i verbali 'negoziati' al medesimo regime procedimentale degli altri atti inseriti *ex lege* nell'incartamento ufficiale. E tuttavia, tale assimilazione ancora non consente di individuare con certezza le modalità di funzionamento del nuovo congegno probatorio, visto che l'itinerario acquisitivo degli atti appartenenti per legge al fascicolo presenta profili assai controversi.

Le norme positive individuano con chiarezza soltanto il *momento iniziale* della sequenza, segnato dalla materiale annessione dell'atto al

udienza preliminare ha effetti traslativi, ma non ancora di ammissione probatoria (qui il giudice controllerebbe soltanto la compiuta integrazione della fattispecie negoziale); spetta poi al giudice dibattimentale, nell'ordinanza di cui all'art. 495, la delibazione ammissiva *ex art. 190* sia degli atti trasmigrati in sede di richieste di prova, che di quelli già annessi nell'udienza preliminare: in tal senso, N. GALANTINI, *Limiti e deroghe al contraddittorio*, cit., p. 83.

volume dibattimentale, in coda all'udienza preliminare. Sul sèguito del procedimento circolano, invece, due ricostruzioni differenti, che rispettivamente negano e affermano la necessità della pubblica lettura dell'atto.

La prima soluzione è propugnata da un nutrito filone giurisprudenziale, la seconda sostenuta in modo compatto dalla dottrina, con qualche riscontro nelle pronunce di legittimità.

In dottrina costituisce assunto pacifico che la lettura degli atti già presenti nel fascicolo *ex art.* 511 serva, non diversamente dalle letture dibattimentali previste nel codice 1930, da veicolo di 'acquisizione' degli stessi. Nonostante l'assenza di un chiaro riferimento normativo²⁰, si ritiene che, senza pubblica lettura, tali verbali non costituiscano materiale fruibile per la decisione, in quanto «prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento» ai sensi dell'art. 526 comma 1²¹. In virtù della mera presenza nell'incartamento processuale, il verbale investigativo svolge una *funzione di conoscenza* (orientando il giudice nei provvedimenti di ammissione delle prove richieste dalle parti, e in genere nella conduzione del dibattimento) ma solo la sua comunicazione orale attribuisce al verbale stesso anche una *funzione di prova*, della quale resta altrimenti privo, in ragione della sua genesi *extra-dibattimentale*²².

Se si accoglie questa impostazione, l'itinerario degli atti 'negoziati' dovrebbe essere ricostruito in termini analoghi a quello dei verbali inclusi *ex lege*, nell'accennata prospettiva di assimilazione tra le due categorie. La pattuizione intervenuta tra le parti avrebbe come unico effetto la trasmigrazione dell'atto, mentre la prova verrebbe ammessa solo in quanto il giudice disponga, su istanza o d'ufficio, la sua acquisizione (tramite lettura o indicazione).

Potrebbe pertanto accadere che, dopo aver pattuito l'acquisizione cartolare al fascicolo, nessuno degli stipulanti coltivi l'iniziativa istruttoria chiedendo che dell'atto sia data pubblica lettura (evenienza stravagante, imputabile ad una sopravvenuta carenza di interesse). In tal caso il verbale agli atti rimarrebbe lettera morta.

²⁰ «La norma non precisa con sufficiente chiarezza se l'acquisizione probatoria consegua all'effettuata lettura ovvero si atteggi quale effetto automatico dell'inserimento dell'atto nel fascicolo per il dibattimento»: M. DEGANELLO, voce *Oralità (Principio della)*, cit., p. 20, nt. 37.

²¹ «Finché stia in uno dei due fascicoli, il verbale è una possibile prova (a dati requisiti): lo diventa quando venga letto davanti alle parti»: F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 849.

²² E. ZAPPALÀ, *Prime note sugli atti*, cit., p. 94.

Un recupero *in extremis* sarebbe possibile solo attraverso un'iniziativa officiosa, ipotizzando (altra stranezza) che il giudice, discostandosi dalle valutazioni implicitamente effettuate dalle parti, maturi la convinzione che l'atto annesso al fascicolo sia d'una qualche utilità per il giudizio²³.

Parte della dottrina ritiene che non soltanto la lettura dibattimentale funga da veicolo di acquisizione probatoria, ma che essa sia preceduta (almeno logicamente) da un vaglio di ammissione della prova cartacea secondo gli ordinari parametri dettati dall'art. 190: l'art. 511 andrebbe interpretato nel senso che il giudice deve disporre la lettura richiesta dalla parte, *salvo* che la prova offerta dall'atto investigativo risulti *manifestamente superflua* o *irrilevante*, o *contraria alla legge* e dispone, d'ufficio, la lettura di quelli che ritenga utili alla decisione.

Se si accoglie tale ricostruzione occorre ammettere che, nonostante le parti abbiano ottenuto di comune accordo l'inserimento di un atto di indagine nel fascicolo, il giudice possa poi rigettare la richiesta di lettura dibattimentale dell'atto medesimo, ravvisando la manifesta irrilevanza o superfluità delle informazioni ricavabili dal verbale.

In quest'ottica, la selezione effettuata in coda all'udienza preliminare ai sensi dell'art. 431 servirebbe soltanto a rimuovere l'ostacolo normativo ad un *eventuale* impiego decisorio dell'atto (derivante dalla sua formazione unilaterale). Questo, però, non verrebbe ammesso come 'prova' fino alla sua lettura, momento nel quale il giudice sarebbe chiamato a verificare definitivamente ogni questione sulla sua ammissibilità *ex art. 190*: conformità a legge, pertinenza e utilità²⁴.

5. LE LETTURE PRESUPPONGONO UN CONTROLLO DI RILEVANZA?

La ricostruzione dottrinale secondo la quale la lettura dell'atto inserito nel *dossier* presuppone un vaglio di ammissione probatoria, cosicché è configurabile un rifiuto della richiesta di lettura quando il giu-

²³ Per proseguire nelle ipotesi non pienamente comprensibili, supponendo negozi che non coinvolgano tutte le parti, potrebbe accadere che, gli stipulanti si disinteressino, ma un terzo chieda la lettura dell'atto, così aderendo *a posteriori* all'accordo, e portando a compimento l'iniziativa intrapresa e non coltivata dalle parti originarie del negozio.

²⁴ A. NAPPI, *Guida*, cit., p. 478, ravvisa nel vaglio del g.u.p. una delibazione di ammissibilità anche *sub specie* di rilevanza, pur se incidentale e «priva di efficacia preclusiva o vincolante». Insomma, i controlli di ammissibilità e rilevanza di tutte le prove già raccolte in sede d'indagine verrebbero ripetuti da entrambi gli organi giurisdizionali che si avvicinano sulla scena del processo.

dice reputi manifestamente irrilevante o superflua l'informazione proveniente dal verbale²⁵, è affascinante e presenta alcuni pregi, ma non pare condivisibile.

La premessa da cui essa parte è che un controllo di ammissibilità (*sub specie* di legalità e di rilevanza) sia irrinunciabile anche per i materiali formati prima del dibattimento ed immessi *ab origine* nel fascicolo ufficiale. Ciò atteso, si nota come il momento ammissivo non vada confuso con la materiale inclusione dell'atto²⁶, ma piuttosto collocato a ridosso della lettura-acquisizione: «il giudice può respingere la richiesta di dare lettura di un atto contenuto nel fascicolo per il dibattimento, ritenendo manifestamente irrilevante o superflua la prova che se ne può trarre»²⁷. In quest'ottica, la delibazione positiva sarebbe implicita nel provvedimento con cui il giudicante, a seguito di una richiesta di parte ovvero *motu proprio*, dispone la lettura dell'atto²⁸. Gli esiti del controllo diventerebbero visibili, invece, nel caso negativo, nel quale occorre un'ordinanza espressamente motivata, preceduta dall'audizione delle parti sul punto, e sindacabile in sede di impugnazione della sentenza²⁹.

La soluzione ha il merito di disegnare un sistema probatorio unitario, nel quale il procedimento acquisitivo di ogni tipo di apporto istruttorio – prove costituite o *constituendae*, atti già presenti nel fascicolo o prodotti in dibattimento – è riconducibile al medesimo schema

²⁵ A. NAPPI, *Sulla necessità*, cit., p. 765; A. NAPPI, *Guida*, cit., p. 502. Aderiscono a tale prospettazione N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 37, nt. 101; S. BUZZELLI, *Le letture dibattimentali*, cit., p. 209 ss.. Sembra configurare un vaglio *ex art.* 190 M. NOBILI, *sub art.* 511, cit., p. 429, secondo il quale la lettura va «considerata come controvertibile *ex art.* 495, *anche* [corsivo nostro] e soprattutto in riferimento all'art. 526 e all'art. 191.2». Del resto, osserva l'A., l'art. 495 comma 4 fa riferimento «all'istruzione dibattimentale» del successivo capo III, il quale ricomprende anche gli artt. 511-515». In questa prospettiva, le decisioni sulla lettura vertono sull'ammissibilità della prova, e pertanto dovrebbero esser adottate come vuole l'art. 495, con ordinanza e «sentite le parti».

²⁶ Secondo A. NAPPI, *Sulla necessità*, cit., p. 765, l'inclusione nel *dossier* «implica una delibazione di ammissibilità della prova, anche sotto il profilo della rilevanza», ma si tratterebbe di una «delibazione incidentale e priva di efficacia preclusiva o vincolante».

²⁷ A. NAPPI, *Guida*, cit., p. 782, precisando che essa vale anche per gli atti acquisiti consensualmente.

²⁸ Il provvedimento ammissivo sarebbe «assorbito dall'atto di acquisizione» (N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità*, cit., p. 39).

²⁹ In coerenza con la giurisprudenza incline a ritenere superflua la motivazione per i provvedimenti di ammissione probatoria che accolgano le richieste di parte o nascano da iniziative officiose volte ad incrementare le prove raccolte su istanza delle parti (Cass., Sez. III, 17 febbraio 2016, n. 10488, in *C.E.D. Cass.*, n. 266492).

di base; un sistema ‘lineare’, dunque nel quale, per ogni tipo di prova sussiste un momento di verifica della sua non manifesta irrilevanza o inutilità, che precede, almeno logicamente, e condiziona la sua acquisizione.

La coerenza non è l’unico profilo pregevole di questa teoria. Ne uscirebbe anche valorizzato il ‘principio di rilevanza della prova’. La dottrina processualciviltistica, nel cui ambito si è sviluppata la riflessione su tale principio, ci insegna che la verifica preventiva della rilevanza delle prove richieste dalle parti (o, come nel caso del rito penale vigente, della loro «non manifesta irrilevanza o superfluità») è in grado di fornire risposta a due istanze diverse³⁰: a) tende a scopi di economia processuale, evitando attività che ritardano inutilmente la definizione del giudizio, e stroncando eventuali intenti ostruzionistici o defatigatori; b) serve all’esattezza della decisione e a ridurre il rischio di errori, evitando che posizioni istruttorie inconferenti o superflue fuorviino o complichino inutilmente il giudizio³¹; una funzione che potremmo definire di ‘igiene istruttorie’, valida per le prove precostituite quanto per quelle *constituendae*³².

Nel nostro codice il vaglio preventivo di ammissibilità delle prove richieste dalle parti tutela entrambe le istanze, come dimostrerebbe il fatto che vi siano sottoposte anche le prove meno bisognose di impegno acquisitivo, ossia i documenti. Sebbene la tesi sia stata prospettata, nel processo penale le produzioni documentali non possono considerarsi svincolate da un controllo preventivo di rilevanza. Nel processo civile la regola viene giustificata in base alla non incidenza di queste produzioni sui tempi probatori³³. Si tratta di una giustificazione debo-

³⁰ M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza*, cit., p. 4.

³¹ Anche l’artificiosa complicazione del giudizio potrebbe essere peraltro frutto di strategia (M. DAMAŠKA, *I volti della giustizia*, cit., 1991).

³² Nel processo civile per i documenti manca addirittura un procedimento ammissivo, previsto solo per le prove che richiedono attività acquisitiva; solo il provvedimento con cui il giudice, su richiesta di parte, ne ordini l’esibizione a terzi implica un controllo di pertinenza, previsto, più che per evitare complicazioni del giudizio, in ragione del fatto che qui l’acquisizione comporta un certo lavoro processuale, ed incide sulla sfera di persone estranee al giudizio (B. CAVALLONE, *Il giudice e la prova*, cit., p. 478, nt. 62). I documenti possono essere allegati dalle parti negli atti introduttivi o, in corso di giudizio, inseriti nei rispettivi fascicoli, con menzione nel verbale d’udienza. Non si pongono dunque problemi di ammissibilità, ma solo di utilizzabilità: il giudice non ha alcun potere di ‘stralcio’ né può vietarne la produzione (L. MONTESANO - G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, cit., p. 1193; MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, cit., p. 85; *contra*, S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 340).

³³ Non è un caso che sia sostenuta da uno studioso del processo civile (G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale*, cit., p. 344). La conclusione sarebbe avvalorata dal fat-

le: acquisito il documento, il giudice non può negare agli interessati ogni utile controdeduzione; per giunta, la contromossa potrebbe avere ad oggetto una prova da elaborare in dibattimento.

E comunque, se nel processo civile questo regime di acquisizione ‘libera’ dei documenti è imposto dalle norme, per il processo penale una tale conclusione, in assenza di riscontri normativi, va rifiutata. Essa reca con sé l’inconveniente, già rilevato dai processualciviliisti, «che le parti possano produrre tutti i documenti che vogliono, anche completamente irrilevanti, scaricando sul giudice il compito di districarsi andando a selezionare ciò che serve alla prova dei fatti»³⁴. Questo profilo critico risulta nel processo penale anche più serio che nel processo civile, ove è assente la regola per cui il giudice deve motivare anche sulle prove contrarie³⁵.

Come si è detto, un controllo preventivo di rilevanza potrebbe avere una sua ragion d’essere anche rispetto ad acquisizioni concordate. Rispetto alle prove richieste ‘unilateralmente’, l’accordo non fornisce particolari garanzie circa l’utilità del contributo istruttorio: il massimo che si può ricavare dal convergere della volontà degli agonisti è un comune atteggiamento di ‘non contestazione’ del dato³⁶, ma ciò può non dir nulla in ordine alla sua rilevanza per il giudizio.

Tutto sommato, un vaglio di ammissibilità probatoria esteso agli accordi sul fascicolo concorrerebbe a valorizzare le serie istanze sottese al principio di rilevanza della prova.

5.1. Critiche

Questa ricostruzione, per quanto attraente, non sembra da condividere.

to che le norme in tema di documenti si limitano a stabilire quando la loro produzione è «consentita» (art. 234 comma 1) o «ammessa» (art. 238) oppure è «vietata» (art. 234 comma 3): il contraddittorio tra le parti sull’ammissibilità dei documenti, di cui all’art. 495 comma 4 verterebbe dunque sulla conformità a legge della prova ma non anche sulla sua utilità e rilevanza.

³⁴ M. TARUFFO, *La prova dei fatti*, cit., p. 346.

³⁵ Per questo motivo non è accoglibile la tesi secondo la quale i documenti presenti nel fascicolo del pubblico ministero apparterebbero al contenuto necessario del fascicolo dibattimentale quali cose pertinenti al reato: una delibazione del g.u.p. sulla ‘pertinenza’ al reato dei documenti raccolti dal pubblico ministero e dalle difese non sarebbe sufficiente a scongiurare una pericolosa inflazione di materiale probatorio.

³⁶ La non contestazione va tuttavia riferita alla prova come esito dell’esperienza istruttorio, nel senso che la parte rimastavi estranea ritiene che una sua eventuale partecipazione non avrebbe potuto incidervi significativamente, non alla prova come risultato.

Anzitutto, essa non trova riscontro nei testi normativi e pare piuttosto ispirata al gusto per il sistema: chi la sostiene valorizza la portata generale dell'art. 190, dal quale può evincersi il principio per cui l'ammissione di *ogni* prova è condizionata, oltre che alla sua conformità a legge, alla non manifesta irrilevanza o superfluità. I dati testuali, tuttavia, non forniscono indicazioni significative: l'ordinanza con cui il giudice ammette le prove, è collocata in un preciso momento del dibattimento, ossia subito dopo le richieste *ex art.* 493 e sembra riferita alle 'prove' che le parti devono chiedere entro quel momento.

Solo a fatica il vaglio di cui all'art. 190 può esser riferito alle richieste di lettura degli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento, che le parti possono formulare in qualsiasi momento dell'istruzione: a fronte di tali richieste, l'art. 511 impone al giudice di disporre la lettura, senza menzionare parametri³⁷. Si intravedono poi alcune controindicazioni.

In primo luogo, un controllo di 'non-manifesta-irrilevanza' svolto nei confronti di prove già formate può facilmente travalicare i confini del giudizio ammissivo, trasformandosi in una indebita pre-valutazione.

Secondo la ricostruzione più accreditata, il vaglio di rilevanza si articolerebbe in una doppia verifica: la prima attiene al rapporto di corrispondenza tra l'*allegazione probatoria*, ossia ciò che la parte ritiene di poter dimostrare attraverso il mezzo, e i *facta probanda* di cui all'art. 187 (cd. 'giudizio di pertinenza'); la seconda verifica concerne la relazione tra l'*oggetto della prova*, ossia le informazioni che l'escusazione sarà in grado di offrire³⁸, e l'*allegazione probatoria* (cd. 'giudizio di rilevanza')³⁹.

Quest'ultima fase del giudizio di ammissione, concepita come verifica dell'attitudine dell'oggetto della prova a confermare l'allegazione, risulta tuttavia assai problematica, per l'alto rischio di tradursi in una intempestiva valutazione sulla 'conferenza' della prova. Il rischio – questo è il punto – sembra particolarmente elevato quan-

³⁷ Tale ricostruzione è stata avallata dalla Corte costituzionale quando ha rilevato (Corte cost., ord. 11 dicembre 2001, n. 399) che la particolare regolamentazione sulla acquisizione, tramite lettura, dei verbali «versati nel fascicolo del dibattimento *ex art.* 431 c.p.p., non esclude affatto [...] che anche in tali situazioni trovino applicazione le regole generali dettate dagli artt. 190, 493 e 495 cod. proc. pen. in tema di ammissione della prova».

³⁸ Sulla necessità di distinguere tra il fatto allegato e il fatto oggetto della prova richiesta, cfr. A. CAPONE, *Il principio di decisività*, cit., p. 1478.

³⁹ Così G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., p. 62.

do il mezzo richiesto sia il verbale di un atto investigativo già compiuto. Nelle 'ordinarie' richieste di prova (art. 493) l'*oggetto* della prova è solo *prospettato* dalla parte istante nella propria esposizione introduttiva⁴⁰, e il giudice può verificare l'attitudine a dimostrare il fatto allegato solo *ipotizzando* che la prova avrà l'esito annunciato dal richiedente. Quando una simile valutazione cada non sul risultato probatorio *prospettato*, ma sull'esito *effettivo* dalla prova già sotto gli occhi del giudice (ad esempio, le informazioni fornite dalla persona sentita durante le indagini) il c.d. 'giudizio di rilevanza' sembra sovrapponibile alla valutazione della prova, che è bene il giudice faccia soltanto in camera di consiglio, alla luce di tutto il materiale raccolto⁴¹. Per questo motivo è una buona politica normativa quella di contenere al minimo il controllo di rilevanza delle prove che si presentano al giudice già formate al momento della loro produzione⁴².

Il rischio della pre-valutazione è poi ulteriormente aggravato dalla tempistica delle letture: stando al codice non sembra che la possibilità di richiedere la lettura di atti sia confinata entro le scadenze delle «ri-

⁴⁰ Il giudice non ha altri elementi per decidere sulla rilevanza; né può trarre lumi, per le prove 'di lista', dalla 'capitolazione', utile al presidente per valutare l'opportunità di uno sfolgimento delle prove, e alle parti diverse dal richiedente per preparare l'esame e controdedurre, ma non anche al giudice per verificare la non manifesta irrilevanza delle escussioni.

⁴¹ In argomento, v. M. TARUFFO, *Il diritto alla prova*, cit., p. 90. I pericoli di un potere di 'sfolgimento' delle letture furono avvertiti anche durante i lavori preparatori della legge Mancino-Violante, di cui si dirà a breve, che conìò la 'indicazione di utilizzabilità'. Di fronte alle ostilità di chi stigmatizzava la caduta del tasso di oralità del dibattimento fu suggerita una soluzione compromissoria che, tenendo ferma la regola per cui l'acquisizione al processo dei verbali può avvenire solo con la lettura, prevedeva tuttavia che il presidente disponesse con decreto motivato lo stralcio «di tutti i provvedimenti non direttamente pertinenti all'oggetto del giudizio». La proposta 'di mediazione', che avrebbe ridotto il rischio di letture fiume senza privare il processo degli effetti benefici della lettura, fu scartata proprio in considerazione delle «incertezze in ordine alle modalità operative attinenti alla valutazione di 'non pertinenza'» e soprattutto per il temuto rischio di «pervenire ad ingiustificate e definitive esclusioni di parte della documentazione istruttoria dall'ambito del materiale probatorio» (P.P. RIVELLO, *Letture dibattimentali*, cit., p. 12).

⁴² Questo pericolo sarebbe scongiurato solo se si rinunciassero alla tradizionale configurazione del 'giudizio di rilevanza' come verifica della *praticabilità dell'inferenza* dal fatto provato al fatto allegato, e si ritenesse che in quella sede il giudice debba limitarsi a controllare che non vi sia una massima d'esperienza in grado di *escludere l'inferenza*, secondo una felice ridefinizione di questo tipo di sindacato giudiziale proposta in dottrina (A. CAPONE, *Il principio di decisività*, cit., p. 1478; ecco il senso dell'avverbio «manifestamente» di cui all'art. 190 comma 2: se non esiste un fattore di smentita la prova va ammessa, anche quando l'inferenza dovesse apparire dubbia).

chieste di prova»⁴³, ed è anzi opinione diffusa che le decisioni in ordine alle letture (e le relative richieste, sembrerebbe) trovino sede in coda all'istruzione, secondo una tempistica non dissimile da quella del codice previgente⁴⁴.

Orbene, se il carattere necessariamente 'astratto' del vaglio di ammissibilità delle prove chieste dalle parti è propiziato dalla sua collocazione *in limine litis*, allorquando il giudice ha una limitata conoscenza della *res iudicanda*, al contrario un tale sindacato a fine istruzione, quando il giudice ha il massimo delle informazioni sui fatti di causa, potrebbe suscitare in quest'ultimo la tentazione di usare il criterio della rilevanza per escludere la prova che, tenendo conto di quelle già acquisite, risulti poco attendibile o comunque inidonea a sovvertire la ricostruzione che le escussioni sembrano aver fin lì accreditato. Un giudizio ammissivo a fine istruzione potrebbe finanche condurre, nella prassi, a valutazioni di superfluità dell'acquisizione cartolare in virtù dell'istruzione già espletata.

Si riprodurrebbe in relazione alle letture un rapporto tra giudice e parti del tutto simile a quello che caratterizzava l'istruzione dibattimentale nel rito previgente, quando il giudice dava corso alle richieste delle parti nella misura in cui le reputasse 'concludenti' alla stregua delle conoscenze, e delle convinzioni, già maturate⁴⁵.

⁴³ Tanto che in dottrina è parso ragionevole che ciascuna parte possa chiedere di effettuare letture all'interno del proprio 'caso' (G. FRIGO, sub *Art. 496*, cit., p. 204; P. TONINI, *Lineamenti di diritto*, cit., p. 313).

⁴⁴ Tale conclusione, sebbene non trovi riscontri normativi (pare anzi deporre nel senso contrario l'art. 506 comma 1 quando legittima il presidente a suggerire nel corso degli esami orali nuovi temi di prova sulla base delle letture effettuate *ex art. 511*; *ergo*, è possibile che, quando siano ancora in corso gli esami delle fonti di prova orale, sia già stata disposta lettura di atti) è autorevolmente sostenuta (D. SIRACUSANO, in D. SIRACUSANO - A. GALATI - G. TRANCHINA - E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, cit., p. 361; E. FASSONE, in E. FASSONE - R. GIUSTOZZI - E. FORTUNA, *Manuale pratico*, cit., p. 322); è stata avallata da Corte costituzionale (Corte cost., 9 marzo 1992, n. 91, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1993, p. 339) e, soprattutto, è applicata nella prassi di procedere – solitamente attraverso formule stereotipe incluse nei moduli prestampati usati per verbalizzare il dibattimento – ad una onnicomprensiva dichiarazione di utilizzabilità 'di tutti gli atti presenti nel fascicolo', quale atto terminale della fase istruttoria. Si noti che quando la dichiarazione di utilizzabilità sia riferita, come spesso accade, a 'tutti gli atti legittimamente acquisiti al fascicolo del dibattimento', essa risulterebbe illegittima, ove davvero le letture fossero soggette ad un vaglio di rilevanza: il giudice non tanto ha la facoltà quanto il dovere di escludere le prove che, al momento della richiesta, risultino manifestamente irrilevanti o superflue.

⁴⁵ O addirittura revocava l'ammissione sul presupposto che i risultati già raggiunti dal dibattimento avessero reso superflue le prove già ammesse (G. VASSALLI, *Il diritto alla prova*, cit., p. 36).

Inoltre, un vaglio ammissivo ai sensi dell'art. 190 delle richieste di lettura potrebbe costituire – proprio in virtù della tempistica descritta – un fattore di disordine nello sviluppo della dialettica istruttoria.

La circostanza che le richieste di prova siano tutte formulate *in limine*, in modo che ognuno abbia schierato il proprio arsenale prima che il giudice pronunci l'ordinanza ammissiva, consente ad ogni contendente di articolare la propria strategia alla luce di quella dell'avversario, e riduce la necessità di integrazioni successive. Se le letture *ex art. 511* servissero a 'mettere a fuoco' tra i verbali presenti nel fascicolo quelli rilevanti per la decisione, la sede naturale delle richieste e delle relative decisioni sarebbe, anche per questo motivo, quella delle «richieste di prova»⁴⁶. Al contrario, un'ammissione delle letture a fine istruttoria potrebbe richiedere aggiustamenti delle strategie di parte, determinando così un eccessivo appesantimento della fase 'integrativa' dell'istruzione, quella in cui le parti possono dar sfogo alle esigenze probatorie sopravvenute, sollecitando il giudice, ai sensi dell'art. 507, ad integrare le prove ammesse.

Insomma, un controllo preventivo di tipo ammissivo circa l'utilità al giudizio delle informazioni desumibili dai verbali degli atti inclusi nel fascicolo dibattimentale recherebbe più inconvenienti che vantaggi.

Le dispute intorno all'utilità di tali atti ai fini della decisione è bene che avvengano dopo la lettura, nella discussione finale⁴⁷; può ben darsi, peraltro, che l'utilità dell'informazione contenuta in un verbale, impercettibile a primo acchito, si riveli proprio all'esito della lettura. Ma una volta che di un verbale sia stata data lettura non ha senso pretendere che il giudice pronunci un provvedimento motivato con il quale nega l'ammissione della prova: che il giudice esprima o no la sua valutazione negativa, la parte che voglia dolersene dovrà impugnare la sentenza (unitamente all'ordinanza reiettiva, nel caso se ne postuli una).

Ma se la lettura non implica un vaglio di rilevanza, perché l'art. 511 la richiede per tutti gli atti provenienti dalla fase preliminare?

È opportuno, in proposito, uno sguardo retrospettivo.

⁴⁶ Succedeva qualcosa di simile nel sistema previgente, ove le istanze di lettura di verbali dichiarativi formati nella fase istruttoria, soggetti – quelli sì – ad un vaglio giudiziale di rilevanza, andavano formulate «a pena di decadenza» nella lista predibattimentale (art. 415 comma 4 c.p.p. abr.) proprio per permettere al giudice di decidere sulle istanze anteriormente alla fase dibattimentale (F. CORBI, *La disciplina dell'ammissione*, cit., p. 145).

⁴⁷ M. CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., p. 528.

6. LA FUNZIONE DELLE LETTURE DIBATTIMENTALI

L'istituto delle letture dibattimentali nasce col processo di tipo 'misto' quale strumento per acquisire prove scritte: reperti extraprocessuali (documenti) o verbali di attività compiute prima del dibattimento. Il 'processo con istruzione', soffriva però di una contraddizione interna: pur adottando l'oralità dibattimentale come metodo di formazione della prova, assegnava valore probatorio ad atti d'istruzione che – proprio in quanto 'preparatori' – erano compiuti da un organo diverso dal decidente, senza la difesa, ed in segreto. L'uso della parola quale strumento di *comunicazione dibattimentale* della prova 'istruttoria' compensava il mancato impiego dell'oralità come tecnica di *formazione* della prova.

La 'oralizzazione' dell'atto istruttorio, se non sanava il *deficit* di oralità, lo riparava almeno in parte. Le letture dibattimentali non assicuravano i vantaggi ai quali è funzionale il metodo orale: né l'immediatezza, visto che il rapporto tra giudice e fonte è mediato dal verbale, né il contraddittorio nella formazione della prova, poiché ormai non era possibile incidere sullo svolgimento dell'esperimento probatorio⁴⁸. Non si trattava però di rituali inutili: esse – piuttosto – svolgevano funzioni diverse da quelle proprie dell'oralità come metodo istruttorio, non tutte ugualmente importanti.

Anzitutto, la manifestazione del contenuto dei verbali al pubblico dell'udienza garantiva, nel sistema 'misto', che almeno il momento finale della provvista istruttoria avvenisse *coram populo*, conformando queste acquisizioni al *principio di pubblicità* delle procedure giudiziarie⁴⁹.

Ben più rimarchevole è l'altra funzione tradizionalmente rivendicata alla lettura, consistente nel fornire una percezione *comune e contestuale* della prova a tutti i soggetti processuali. Notiamo come qui non sia in gioco la conoscenza del contenuto dell'atto da parte dei contraddittori, già informati attraverso i meccanismi di *discovery*, né da

⁴⁸ La comunicazione orale della prova (*rectius* del documento che la rappresenta) è un aspetto inferiore del metodo orale. D'altra parte, l'autentica oralità, quale metodo di 'formazione' della prova, non è concepibile a prescindere dall'immediatezza, dal coinvolgimento del giudice decidente nello svolgimento dell'operazione istruttoria (v. P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 279 ss.).

⁴⁹ «La forma parlata implica necessariamente la pubblicità» (L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 635). Collega le letture alla pubblicità A. MAMBRIANI, *Giusto processo*, cit., p. 1182, osservando come la lettura assicura agli atti acquisiti al fascicolo un tasso di pubblicità ben superiore a quello garantito dagli artt. 329, 114 comma 3 e 116.

parte dei componenti dell'organo giudicante, che ben possono procedere alla lettura cd. diretta in camera di consiglio: si tratta piuttosto di una *particolare* presa di conoscenza dell'atto, comune e contestuale⁵⁰.

Questa funzione della lettura non rappresenta un valore in sé, ma in quanto strumento del contraddittorio: il nostro non è mai stato un processo 'di stretta osservanza accusatoria' nel quale, affidata la decisione ad un collegio di laici, sia imprescindibile «una percezione corale delle prove ad opera dei *partners* del contraddittorio e del giudice»⁵¹; nel nostro ordinamento la 'superiorità' del metodo orale rispetto alla scrittura sta nel grado di coinvolgimento del giudice nell'istruzione, incomparabile con quello che sarebbe consentito da un rito fondato sullo scambio di memorie e documenti, in cui il giudice viene fatalmente estraniato dalla prova.

In un sistema di giudici professionali che hanno obbligo di motivazione, l'oralità è apprezzabile specialmente per le prove *constituentiae*, perché consente quell'interazione tra giudice e parti capace di estrarre dalla fonte il maggior numero possibile di informazioni⁵², mentre è assai meno significativa come veicolo di comunicazione delle prove già formate fuori e prima del dibattimento: la lettura pubblica dell'atto scritto, pur essendo utile alla piena conoscenza dell'atto da parte del giudice, specialmente per i collegi, ha una giustificazione assai più debole come regola indefettibile di acquisizione probatoria.

⁵⁰ Ciò non toglie che – in una certa misura – la lettura condizioni *anche* la conoscenza dell'atto sul quale si discute: mentre infatti le parti ne conoscono comunque il contenuto, l'assenza della lettura pubblica può precludere tale conoscenza ai componenti del collegio. Non a caso la prassi del 'dar per letto' era ritenuta legittima, in dottrina, solo su «accordo di tutti i partecipanti a dibattimento (inclusi i componenti del collegio decidente)» poiché «il presidente [...] non potrebbe imporre legalmente la conoscenza del documento al di fuori dell'unico modo preveduto dalla legge» (G. FOSCHINI, *Il «dar per letto»*, cit., p. 5).

Vigente il codice 1930, si notava come mentre i giudici togati delle Corti d'Assise avevano modo e tempo di studiare in anticipo i protocolli istruttori, i laici estratti a sorte nell'immediatezza del dibattimento conoscevano le carte solo attraverso la loro lettura in udienza; una volta in camera di consiglio la visione degli atti, pur materialmente possibile, era rimessa all'amministrazione presidenziale (P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 114; G. PANSINI, *I problemi della difesa*, cit., p. 155). Per questo, si riteneva che l'istituto dell'indicazione determinasse una situazione di subalternità dei componenti laici della Corte rispetto ai togati quanto alla conoscenza degli atti processuali (A.A. SAMMARCO, *Oralità e indicazione*, cit., p. 1276).

⁵¹ F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., p. 237.

⁵² «Una volta che questi dati probatori siano stati acquisiti come materia di giudizio, finisce il compito dell'oralità: subentra l'elaborazione razionale del giudice»: F.M. IACOVIELLO, *La motivazione*, cit., p. 152.

Per questo, una norma che imponesse la pubblica declamazione di ogni prova scritta sostituirebbe al formalismo scritto un formalismo orale: «ognuno immagina la pesantezza di un'udienza nella quale dovessero leggersi documenti e perizie, non già perché se ne chiarisse e indagasse nel pubblico dibattito il significato, l'esattezza, la portata, ma per la sola ragione che "unica base della sentenza può esser ciò che sia stato comunicato al giudice decidente mediante la parola parlata"»⁵³.

Emerge da quest'osservazione l'autentica, irrinunciabile, funzione della lettura, valida ancora oggi: essa risponde alla legge del contraddittorio, secondo la quale il giudice non può usare nella decisione prove delle quali abbia la disponibilità, per essere state annesse agli atti del processo, senza averne fatto oggetto di discussione tra le parti⁵⁴. La lettura serve, cioè, a stimolare e rendere più efficace la disputa sull'atto, permettendo a giudice e parti di «scambiare i propri giudizi con immediata possibilità di percezione e di reazione». Quel «giudizio collettivo» – del giudice, delle parti – sulla prova costituiva una sorta di partecipazione postuma all'esperimento istruttorio⁵⁵: se la prova non è identificabile col 'mezzo' ma è il frutto di un'attività argomentativa⁵⁶, le parti possono ancora incidere sul risultato dell'atto compiuto fuori dalla scena dibattimentale⁵⁷.

A questo punto viene da ribattere che, ai fini della disputa sull'atto la lettura è uno strumento prezioso ma non insostituibile, in quanto l'analisi più serrata sulla prova può effettuarsi anche senza dare lettura pubblica del verbale.

Effettivamente, nel sistema del codice Rocco ad essere avvertita come fondamentale, ai fini del rispetto del principio del contraddittorio 'sul' verbale istruttorio e quindi della sua corretta acquisizione al materiale decisorio, non era tanto la funzione 'conoscitiva' della lettura

⁵³ M. CAPPELLETTI, *La testimonianza*, cit., p. 293.

⁵⁴ Evidentemente l'esigenza non è avvertita solo nel processo penale: in relazione al rito civile cfr. M. TARUFFO, *Il diritto alla prova*, cit., p. 104.

⁵⁵ G. FOSCHINI, *Il dibattimento*, cit., p. 127, dal quale sono tratte le citazioni precedenti, parlava di una potestà esaminatoria della quale sono investiti inscindibilmente giudice e parti.

⁵⁶ Un «argomento che include il mezzo» (R. ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit., p. 51).

⁵⁷ La lettura serve a «passare al setaccio dialettico gli apporti conoscitivi delle parti» (S. BUZZELLI, *Le letture*, cit., p. 55), perché la «decisione finale [...] deve scaturire esclusivamente dalle prove assunte – o, almeno, acquisite – *coram partibus*» (G. GIOSTRA, *Valori ideali*, cit., p. 16). Evidentemente si parla di un 'contraddittorio probatorio' nel senso debole della formula (FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 130).

ora descritta, quanto una sua diversa valenza che potremmo definire *selettiva*.

In un processo che, pur centrato sulla formazione dibattimentale della prova, protocolla e conserva *tutti* i risultati dell'opera informativa precedente, li fa affluire davanti agli occhi del giudice e ne consente a certe condizioni l'impiego decisorio, era necessario assicurare che gli atti 'recuperabili' ai fini del giudizio fossero esposti *in qualche modo* ad un contraddittorio. Non bastava che, ad un certo punto, l'incartamento processuale fosse aperto alla difesa: perché gli atti in questione potessero dirsi *concretamente* esposti al dibattito tra le parti alla presenza del giudice, occorreva che da quel compendio il giudice scegliesse quelli dei quali riteneva da un lato giuridicamente possibile e dall'altro processualmente utile usare come prove per la decisione, ciò che faceva ordinandone la lettura⁵⁸.

Dunque la ragione per cui la lettura dibattimentale costituiva il mezzo insostituibile di 'acquisizione' al processo dei verbali istruttori risiedeva nella funzione di *selezione* svolta da questa operazione, più e prima che dalla funzione di *comunicazione della prova*.

Ecco perché il momento delle letture era nevralgico per l'attività difensiva: solo quando il giudice decideva di dare lettura di un verbale, la parte interessata aveva occasione di ricusarne l'ammissibilità o di contestarne il valore probatorio.

Se la lettura pubblica non fosse stata un passaggio obbligato del procedimento acquisitivo, in un sistema nel quale il giudice aveva la disponibilità di ogni atto del procedimento, la selezione nell'ambito dei protocolli della fase istruttoria avrebbe potuto essere, di fatto, effettuata al momento della decisione⁵⁹: e tanto accadeva, quando si ritene-

⁵⁸ Sul vaglio di rilevanza all'esito del quale il giudice disponeva la lettura di atti, A. MALINVERNI, *Principi del processo*, cit., p. 141 («la decisione del giudice, di ammettere la lettura, è corretta se ed in quanto la prova portata dallo scritto è rilevante al fine tipico della fase processuale in cui viene raccolta. La discrezionalità del giudice è sempre vincolata»). Insomma le letture erano uno strumento istruttorio nelle mani, come tutti gli altri, del giudice del dibattimento.

⁵⁹ Non essendo né esigibile, né funzionale, uno scandaglio critico su ogni carta del fascicolo. La Corte di cassazione coglieva esattamente la funzione delle letture quando affermava che «il richiamo del contenuto di atti istruttori nella fase dibattimentale per la sua utilizzazione ai fini del giudizio, può realizzarsi soltanto nelle forme e nei casi espressamente previsti dalla disciplina sulle letture [...]. In conseguenza, qualsiasi forma sostitutiva di conoscenza, anche se equivalente sul piano sostanziale alla lettura degli atti, non può essere utilizzata per la decisione perché tale lettura non è prevista in funzione di una conoscenza, che potrebbe anche presumersi una volta avvenuto il deposito degli atti [...], ma della utilizzabilità come prova degli elementi rac-

vano valutabili nella decisione atti leggibili ma mai letti. Le questioni sulla rilevanza ed ammissibilità degli atti risultavano spostate del tutto irrazionalmente dal dibattimento, loro sede naturale, al giudizio d'appello, nel quale l'imputato doveva andare a dolersi del fatto che il giudice avesse fondato la decisione su di un atto sul quale nessuno aveva fiutato in dibattimento. Questo *modus procedendi* finiva, da una parte, per favorire il contenzioso sulla decisione, e, dall'altra, mortificava il diritto di difesa dell'imputato, sotto un duplice aspetto.

In primo luogo, la possibilità di contraddire sulla prova era condizionata all'alea di una prova di resistenza⁶⁰.

In secondo luogo, anche quando il giudice dell'impugnazione riconosceva l'efficacia causale della prova sulla decisione, il sistema non poteva riparare del tutto al contraddittorio mancato: eliminato dallo spettro cognitivo il materiale illegittimamente valutato in prime cure, il nuovo giudizio della Corte d'appello risultava comunque ipotecato dalla decisione del primo giudice.

Orbene, questa scarsa sensibilità della prassi giudiziaria rispetto al valore della lettura non era dovuta tanto alla sottovalutazione dei benefici dell'oralità come tecnica di comunicazione della prova, quanto al persistere nel rito misto dell'idea inquisitoria secondo cui la valutazione dell'ammissibilità delle prove fosse un affare del giudice, da decidere in camera di consiglio⁶¹.

colti nella fase scritta del procedimento» (Cass., Sez. VI, 4 marzo 1987, Adarnu, in *C.E.D. Cass.*, n. 175840: il tribunale aveva deciso in base ad una testimonianza istruttoria e della quale non era stata data lettura in dibattimento, ritenendo che la conoscenza fosse comunque acquisita perché i fatti erano stati contestati all'imputato con l'interrogatorio).

⁶⁰ L'uso decisorio di un verbale mai letto dava luogo ad una nullità (relativa) della sentenza, rimediabile in appello. Minoritaria la giurisprudenza più garantista, che ravvisava una nullità intermedia, rilevabile fino alla fine del grado successivo, con obbligo del giudice d'appello di rinviare gli atti al giudice di primo grado (G. LOZZI, *Prove invalide*, cit., p. 455). A condizione, però, che la prova spuria avesse inciso sulla decisione; non bastava che la motivazione vi si richiamasse: non c'era vizio della sentenza se la porzione di motivazione non 'inquinata' bastava a sorreggere la decisione. Se la prova era stata impiegata *insieme* ad altri elementi, si riteneva che essa non inficiasse, anche se in realtà è insondabile il peso specifico di ciascun elemento in una valutazione complessiva. L'erroneità dell'impostazione appare chiara se si pensa all'eventualità in cui la prova non valutabile abbia condizionato il valore *logico* delle altre (F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., p. 188, nt. 23). Ad evitare che scampassero all'annullamento sentenze «il cui contenuto sarebbe stato difforme se il giudice di merito avesse ignorato la prova inutilizzabile», si proponeva di considerare la motivazione come «entità inscindibile» ed escludere la nullità solo «allorché gli stessi argomenti svolti dal giudice di merito dimostrino che la prova inutilizzabile non ha in concreto esercitato alcuna influenza sulla decisione» (P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 437).

⁶¹ Fu la dottrina a farsi carico di chiarire che un atto, pur presente nel fascicolo e

Il rilievo di tale funzione ‘selettiva’ della lettura è testimoniato dall’evoluzione dell’istituto nella pratica e nella disciplina normativa.

A fronte di un crescente ricorso alle letture di verbali istruttori⁶², era stato escogitato l’espedito economico della *ficta lectio*: il presidente dava atto nel verbale del dibattimento che di un certo protocollo istruttorio era disposta la lettura, ma poi non procedeva a disporla concretamente. Le parti, non rivendicando un adempimento effettivo, dimostravano di aver contezza dell’atto *de quo*⁶³ e di non aver nessun particolare interesse alla sua lettura pubblica; nella versione meno eversiva, il giudice dava atto a verbale che quel determinato protocollo, pur non letto, era considerato da tutti i partecipanti al processo ‘come se fosse stato letto’⁶⁴. Questa prassi è la chiara dimostrazione che la lettura veniva avvertita nel ‘diritto vivente’ come operazione funzionale a selezionare, tra gli atti accumulati nel fascicolo, quelli valutabili dal giudice: una volta operata tale cernita, sia le parti che il giudice risultavano disinteressati alla ‘oralizzazione’ dello scritto.

La pratica era divenuta norma nell’art. 466-*bis* c.p.p. abr.⁶⁵, che consentiva espressamente al giudice di sostituire la lettura con l’indicazione specifica degli atti utilizzabili per la decisione. I novellatori

leggibile, del quale non fosse stata data lettura, non era utilizzabile per la decisione in quanto ‘giuridicamente insignificante’. «Prima che siano letti pubblicamente, quei documenti rappresentano una materia grezza contenente alcuni semi di prova: cose mute finché il giudice tragga le risonanze di cui sono capaci»: F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., p. 195).

⁶² G. VASSALLI, *Il diritto alla prova*, cit., p. 22.

⁶³ Si trattava di atti che, in quanto depositati, erano a disposizione delle parti, le quali avevano dunque la possibilità di prenderne conoscenza; consentendo alla *ficta lectio* esse attestavano implicitamente di aver preso *in concreto* conoscenza dell’atto. La norma che imponeva la lettura, effettiva, di ogni verbale istruttorio che si intendesse acquisire tra i materiali valutabili per la decisione era tanto lontana dal diritto vivente da condurre addirittura a pratiche apertamente illegali come l’attestazione a verbale dell’avvenuta lettura di atti istruttori in realtà mai letti (v. G. FOSCHINI, *Il dar per letto*, cit., p. 5).

⁶⁴ G.D. PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, Cedam, 1975, p. 351. Diciamo ‘la meno eversiva’ perché era registrabile anche una ancor più opinabile consuetudine di dare atto a verbale di una lettura mai espletata.

⁶⁵ Introdotto dalla l. 17 febbraio 1987, n. 29 (c.d. legge ‘Mancino-Violante’). L’occasione fu offerta dalla vicenda del primo processo a Cosa nostra (‘Maxi-1’, imputati Abbate + 700). Solitamente l’omissione della lettura degli atti era sempre riscattata dal consenso delle parti, che accettavano l’irregolarità «o il vizio a cui, d’altronde, sono concorse a dar causa» (P. FERRUA, *I maxiprocessi e la L. 17 febbraio 1987 n. 29*, cit., p. 1663); nel megaprocesso siciliano i difensori avevano invece negato il consenso alla *ficta lectio*, pretendendo la lettura effettiva degli atti dalle oltre quindicimila pagine che componevano il fascicolo processuale (un’approfondita analisi della novella e dei lavori preparatori in P.P. RIVELLO, *Letture dibattimentali*, cit.).

avvertivano che il nuovo istituto non intendeva disconoscere la funzione di acquisizione della lettura, ma al contrario rinvigorire l'autentico valore dell'operazione, che consisteva non tanto nel produrre la conoscenza dei verbali quanto nel selezionare e far presenti alle parti le carte che sarebbero state usate dal giudice per emettere la sentenza.

In effetti, ciò che mortificava il ruolo della lettura non era tanto la sostituzione col gesto simbolico, quanto il modo in cui l'espedito veniva praticato, privo di qualsiasi efficacia selettiva: anziché riferirsi ad uno o più atti determinati, il presidente faceva inserire a verbale formule del seguente tenore: «si danno per letti tutti gli atti consentiti»⁶⁶. Evidentemente, simili 'indicazioni' non valevano né a selezionare gli atti rilevanti, né a verificarne la leggibilità (la *lectio* era riferita vagamente agli atti 'leggibili'), ciò che, in assenza di contestazioni, finiva per essere affare del giudice nella camera di consiglio. Poteva pertanto accadere che l'imputato si trovasse condannato sulla base di atti mai menzionati nel corso del dibattimento, senza che su tali atti fosse stato mai instaurato alcun contraddittorio.

Ecco perché la novella si era preoccupata di assicurare alla *ficta lectio* una funzione selettiva, introducendo un congegno normativo che, se da un lato consentiva di economizzare i tempi della lettura, dall'altro costringeva il giudice ad una indicazione 'specificata'⁶⁷.

6.1. *Le letture dal fascicolo per il dibattimento*

L'evoluzione subita dall'istituto, nelle prassi e nelle norme, durante il periodo di vigenza del codice Rocco, sembra aver molto influenzato la fisionomia delle letture dibattimentali nel codice vigente⁶⁸.

⁶⁶ G.D. PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, cit., p. 351.

⁶⁷ Nell'iniziale proposta legislativa poi sfociata nella novella del 1987 si era proposta, in luogo della lettura, una 'messa a disposizione' del difensore degli atti di istruzione utilizzabili per la decisione (con facoltà di chiedere la sospensione del dibattimento al fine di procedere alla loro lettura), notando come il previo deposito del fascicolo non fosse sufficiente a garantire la difesa poiché esso riguardava tutti gli atti istruttori. Il requisito della specificità dell'indicazione fu subito diluito dalla giurisprudenza, che ritenne 'specificata' anche l'indicazione onnicomprensiva: così, implicitamente, Cass., Sez. V, 12 ottobre 1989, Giuliano, in *C.E.D. Cass.*, n. 183120, secondo cui «l'annotazione dell'avvenuta "lettura degli atti consentiti sull'accordo delle parti", manoscritta dal segretario verbalizzante sul verbale di dibattimento, al di fuori di una impugnazione di falso, non può assolutamente far dubitare della effettiva lettura degli atti stessi ai sensi dell'art. 466-bis».

⁶⁸ La legge Mancino-Violante fu promulgata, si noti, il giorno seguente alla firma presidenziale della legge-delega per il nuovo codice.

Il legislatore delegato, nel recepire nel nuovo rito accusatorio l'espedito della 'indicazione' ha concepito le letture degli atti contenuti nel fascicolo del dibattimento come un'operazione funzionale non tanto alla pubblicità o all'oralità, quanto al diritto dell'imputato ad esercitare il contraddittorio sull'atto e sulla sua utilizzabilità probatoria.

La formula usata nel primo comma dell'art. 511, pur non univoca, conduce a ritenere che tali letture siano *obbligatorie*, nel senso della loro necessità: l'espressione «il giudice, anche d'ufficio, dispone ...» non significa cioè che il giudice può procedervi d'ufficio o su richiesta di parte, ma che il giudice *deve* procedervi anche *a prescindere da una richiesta di parte*⁶⁹.

Sembra perciò assente nell'assetto attuale l'efficacia selettiva propria delle letture nel codice Rocco, ove l'operazione 'contrassegnava' i verbali istruttori che, tra tutti quelli accumulati nel fascicolo, venivano acquisiti tra le prove utilizzabili per la decisione. Quella selezione, effettuata dal giudice dibattimentale e fondata sul criterio della 'rilevanza', viene sostituita da una diversa selezione effettuata dal g.u.p. alla presenza delle parti, sulla base delle tipologie indicate dall'art. 431 comma 1 e a prescindere da qualsiasi considerazione attinente all'utilità dell'atto ai fini della decisione.

Le letture disciplinate dall'art. 511 servono piuttosto a provocare la *comune e contestuale conoscenza della prova in tutti i partecipanti al processo*, parti e giudice, compresi tutti i componenti del collegio.

La 'comunicazione orale' delle prove scritte serve, come visto, a diversi scopi: a) assicura la 'migliore' conoscenza dell'atto da parte

⁶⁹ Pur nei limiti in cui è consentito fare affidamento sulla continuità semantica dei legislatori, non sembra fuor di luogo notare come, tradizionalmente, la formula normativa «il giudice, anche d'ufficio, dispone ...» indica un adempimento al quale il giudice è tenuto indipendentemente da un'istanza di parte, e che nell'art. 186 del progetto 1978 la formula «il giudice anche d'ufficio, dispone» indicava il dovere del giudice di citare la fonte delle dichiarazioni *de relato* rilasciate da un testimone a prescindere da una richiesta di parte (v. in G. CONSO - V. GREVI - G. NEPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., vol. I, *La legge delega del 1974*, cit., p. 530).

Nel codice vigente la formula «il giudice, a richiesta di parte, dispone» contenuta nel primo comma dell'art. 195 indica una situazione di *potere-dovere* del giudice (di citare il teste-fonte della testimonianza indiretta), che presuppone: a) una richiesta di parte e b) una deliberazione positiva di 'ammissibilità' (*ex art.* 190) della audizione; la formula del comma seguente «il giudice può disporre anche d'ufficio» individua invece un *potere-dovere* che prescinde da una richiesta, e presuppone un autonomo apprezzamento giudiziale di utilità dell'audizione. L'art. 511 («il giudice, anche d'ufficio, dispone») individua una fattispecie di *potere-dovere* giudiziale ancora diversa, la cui integrazione non solo non richiede un'istanza di parte, ma neppure consente alcun apprezzamento discrezionale.

del giudice, e di tutti i membri del collegio giudicante⁷⁰; b) stimola il contraddittorio sull'atto, permettendo alle parti di chiosarlo per renderne chiari al giudice tutti i suoi possibili significati⁷¹; c) permette al giudice di verificare in contraddittorio con le parti le condizioni di utilizzabilità dello stesso. In altre parole, crea quel collegamento tra parti, giudice e prova che compensa in parte la mancata immediatezza.

Nessuna cernita, dunque: la legge prevede la lettura di questi atti, e la prevede come obbligatoria, proprio perché *tutti* i materiali inclusi nel fascicolo sono destinati a costituire la base probatoria della decisione⁷².

In fondo, la deviazione dagli schemi tradizionali del processo accusatorio è solo parziale poiché l'approvvigionamento delle conoscenze derivanti dall'attività investigativa è condizionato pur sempre all'operato di ciascuna delle parti in sede di indagini.

Non contraddice tale ricostruzione delle letture *ex art. 511* – nel senso della loro doverosità – la circostanza che il primo comma contempli una lettura «parziale» degli «atti contenuti nel fascicolo»: tale previsione, da riferire non già all'insieme degli atti che compongono il fascicolo ma al singolo atto, va collegata all'ipotesi in cui il giudice ritenga inutile leggerlo interamente – si pensi ad un lungo responso peritale – e disponga la lettura delle sole parti salienti⁷³.

A stridere con l'interpretazione qui proposta è piuttosto il contenu-

⁷⁰ I quali altrimenti dovrebbero rinviare la conoscenza dell'atto alla lettura diretta in camera di consiglio.

⁷¹ Il giudice, al quale è mancato il contatto diretto con la fonte probatoria, viene così 'avvicinato' alla prova, per quanto sia consentito dal diaframma rappresentato dalla scrittura.

⁷² Cass., Sez. III, 11 dicembre 1995, Coppolino, in *Cass. pen.*, 1997, p. 756; Cass., Sez. III, 15 luglio 1996, Deiana, in *C.E.D. Cass.*, n. 205443: «i verbali degli atti irripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria *devono* essere acquisiti al fascicolo del dibattimento e ne deve esser data lettura». In dottrina, v. M. D'ANDRIA, *La formazione*, cit., p. 69. Il medesimo discorso vale per le letture di cui all'art. 511-bis, riguardanti verbali di altri procedimenti. Anche qui la *lectio* serve solo per dare conoscenza del contenuto delle carte, e non ha funzione selettiva. Il giudice *deve* disporre la lettura di tutti i verbali che siano stati già indicati in lista, richiesti *ex art. 493* dalle parti, e ammessi, una volta appurata la sussistenza dei complessi requisiti di ammissibilità previsti dall'art. 238.

⁷³ È opinabile la tesi secondo cui la previsione della lettura parziale si riferirebbe al caso dell'atto sia solo in parte idoneo all'uso decisorio: ad es., la parte di un verbale d'arresto che documenti «percezioni rappresentate dal o riferite all'agente di polizia giudiziaria o ad altri comunque coinvolti nella scena descritta nell'atto». Letta così, la norma imporrebbe una selezione inutile: che quella parte dell'atto sia giuridicamente irrilevante discende da altre regole istruttorie, e la lettura non sana le patologie, né ometterla preserva dall'informazione spuria la coscienza del giudicante, che ha già

to del sesto comma della disposizione, a mente del quale «la facoltà di chiedere la lettura o l'indicazione degli atti, prevista dai commi 1 e 5, è attribuita anche agli enti e alle associazioni intervenuti a norma dell'articolo 93», ossia agli esponenziali degli interessi lesi dal reato. Il disposto sottende un meccanismo diverso (ed una diversa interpretazione del disposto del primo comma, rispetto a quella prima proposta) in base al quale gli atti di indagine contenuti nel *dossier* dibattimentale possono essere letti, o indicati tra quelli utilizzabili, all'esito di una selezione effettuata dalle parti e dal giudice⁷⁴. Rispetto ad un simile regime, la previsione del sesto comma estenderebbe questo potere a soggetti non 'parte', quali gli enti esponenziali, assegnando loro un ruolo attivo ed anche particolarmente significativo, nell'istruzione dibattimentale.

Lo schema non sarebbe assolutamente nuovo, visto che l'art. 466-*bis* del codice Rocco attribuiva alle parti una prerogativa molto simile, sancendo in relazione ai verbali istruttori una sorta di diritto potestativo delle parti all'acquisizione della prova («la richiesta di utilizzabilità degli atti [...] è vincolante per il giudice»: comma 3)⁷⁵. Un 'diritto alla prova' *ante litteram*, più potente di quello che avrebbe poi previsto l'art. 190 del codice vigente, perché non subordinato neppure alla delibazione di 'non manifesta irrilevanza e superfluità' del mezzo richiesto⁷⁶.

In questa prospettiva, l'incartamento costituirebbe, più che una dotazione informativa assegnata al giudicante per condurre il dibattimen-

la disponibilità dell'atto (Cass., Sez. IV, 20 aprile 1995, Greco, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2595; conforme S. BUZZELLI, *Le letture*, cit., p. 177).

⁷⁴ Stando all'ordinaria distribuzione del potere istruttorio tra giudice e parti, è immaginabile una scelta operata dai contendenti, e solo in via residuale e suppletiva dal giudicante.

⁷⁵ Nota la continuità tra l'art. 511 comma 5 e l'art. 466-*bis* c.p.p. abr., F. CORDEIRO, *Codice*, cit., p. 578, precisando che «resta sottinteso quello che l'art. 466-*bis* comma 2 (del codice 1930) diceva: è vincolante la richiesta di una qualsivoglia delle parti». Conforme, E. FASSONE, in AA.VV., *Manuale pratico*, cit., p. 978, secondo il quale non è configurabile un diniego di lettura di atti leggibili, salvo che essi siano stati compiuti *contra legem*.

⁷⁶ «Mentre il regime delineato dagli artt. 462-466 è tutto incentrato sulla facoltà di dare lettura (coerentemente con l'ammissione di qualsiasi prova, che è rimessa al potere discrezionale del giudice), la lettura di atti processuali ai sensi dell'art. 466-*bis* configura un diritto assoluto della parte ed introduce un profilo, sia pur circoscritto, di quel 'diritto alla prova' che fino ad ora non aveva avuto diretti riconoscimenti normativi»: E. FASSONE, sub *Art. 466-bis*, cit., p. 1237. Qui davvero erano le parti a scegliere gli atti rilevanti senza che il giudice potesse esercitare alcun vaglio. Coglieva la novità Cass., Sez. V, 17 febbraio 1988, Bevevino, in *C.E.D. Cass.*, n. 178132 («nel dibattimento di appello non trova applicazione la disposizione dell'art. 466-*bis* c.p.p., introdotta propriamente per il dibattimento del giudizio di primo grado. Ne consegue che la lettura degli atti è limitata a quelli per i quali ne sia riconosciuta la necessità»).

to e decidere, una sorta di ‘paniere’ dal quale *possono* essere attinti (dalle parti, dal giudice) materiali utilizzabili in chiave ‘probatoria’.

Tuttavia, una simile ricostruzione delle iniziative in tema di lettura, pur compatibile col testo normativo ed in linea con l’ordinaria distribuzione del potere istruttorio tra giudice e parti, non sembra del tutto ragionevole, né coerente con la disciplina complessiva della doppia fascicolazione.

Per un verso, la prevista disponibilità in capo al giudice, da subito ed indistintamente, di tutti gli atti investigativi astrattamente utilizzabili si spiega solo nella prospettiva di un loro impiego indipendente da iniziative e strategie di parte; per altro verso, se quel materiale non fosse *in toto* destinato all’impiego probatorio, una ‘selezione’ effettuata dal giudicante nel corso dell’istruzione (in ipotesi, ulteriore rispetto a quella effettuata dai contendenti), troppo facilmente potrebbe, da un lato, essere arbitraria, ossia lasciare sul fondo del paniere materiali in realtà utili e, dall’altro, risultare ‘compromettente’ per lo stesso giudice, in quanto essa sarebbe inevitabilmente fondata su criteri di utilità al giudizio. Tutto sommato, non conviene interpretare in questo modo la formula «il giudice, anche d’ufficio, dispone che sia data lettura»; e ciò, anche se una tale esegesi sarebbe corroborata dalla disposizione riguardante gli enti esponenziali.

Peraltro, proprio tale ultima previsione suscita più di una perplessità, e non a caso è rimasta del tutto inapplicata nella pratica. In primo luogo, un potere processuale concepito in quei termini – quale diritto alla lettura-acquisizione del verbale investigativo – è poco consono ad un soggetto privo della qualifica di parte e dunque sfornito di un ‘diritto alla prova’⁷⁷. In secondo luogo, la possibilità concessa all’ente di scegliere tra lettura o indicazione dell’atto appare stonata rispetto alla disciplina vigente, quanto a rapporto tra lettura effettiva e fittizia: la lettura *effettiva* è la modalità prevista dalla legge ogni qualvolta nel dibattimento sia disposta la lettura di uno scritto, e soltanto al giudice è dato di sostituire quest’operazione, in funzione di risparmio dei tempi dibattimentali, con la mera indicazione dell’atto⁷⁸.

⁷⁷ La funzione, anche di apporto informativo, svolta da questi soggetti si esplica pienamente nella fase pre-processuale, mentre ogni prerogativa dibattimentale appare filtrata da valutazioni giudiziali ammissive (cfr. art. 505, quanto al potere di domanda ai testimoni e alla proposta di nuove prove).

⁷⁸ Proprio la circostanza che secondo il codice vigente alle parti è dato (soltanto) di richiedere la lettura, spettando al giudice scegliere (ove consentito) di sostituire la lettura effettiva con quella *ficta* (allo stesso modo in cui può optare tra lettura totale o parziale) connota la lettura degli atti del fascicolo dibattimentale come espediente

La *obbligatorietà* di queste letture trova poi riscontro nell'art. 515, che apparirebbe difficilmente spiegabile se le letture di cui all'art. 511 costituissero un momento di selezione probatoria: nel disciplinare la composizione 'definitiva' del fascicolo dibattimentale, l'art. 515 prevede l'allegazione del verbale del dibattimento, dei documenti ammessi e dei verbali letti, ma non dice nulla intorno agli atti che già si trovano nel fascicolo appartenendo al suo contenuto originario, necessario o concordato, e in particolare tace in ordine all'eventualità che di uno di questi atti, già allegati al fascicolo prima dell'inizio del dibattimento, non venga data lettura⁷⁹.

Ebbene, se all'interno del fascicolo fosse da fare una cernita dei materiali utili al giudizio, il destino naturale di quelli trascurati sarebbe l'esilio dal processo. In realtà, la mancata previsione della espulsione degli atti non letti è spiegabile proprio alla luce del fatto che non è configurabile l'eventualità che un atto inserito nel fascicolo, e non eliminato ex art. 491 comma 4, possa non esser letto (o indicato) perché ritenuto inutile.

L'unica ipotesi pensabile di mancata lettura (o indicazione) di atti presenti nel fascicolo potrebbe riguardare atti viziati, ma per questi lo stralcio non sembra una soluzione ineluttabile, né la più opportuna: sia perché la presenza dell'atto nel fascicolo può servire al giudice per moti-

argomentativo e dialettico, più che operazione giuridicamente acquisitiva. Insomma il sesto comma è una norma enfatica, interpolata senza meditazione nell'art. 511 (sul presupposto che il contenuto del suo primo comma ricalcasse l'art. 466-bis c.p.p. abr.). Riportata alle logiche del sistema, la prerogativa riconosciuta agli enti esponenziali potrebbe, al più, ricostruirsi in termini di richiesta di lettura, effettiva, di alcuni fra gli atti del fascicolo a scopo dialettico-argomentativo.

⁷⁹ Non sembra condivisibile l'opinione secondo cui gli atti inseriti nell'incartamento ufficiale che, per qualsiasi ragione, non siano stati letti debbano essere espunti, in una sorta di ricostituzione del 'fascicolo per il dibattimento' che trasformerebbe questo, a fine istruzione, nel *fascicolo per la decisione* (M. NOBILI, sub *Art. 515*, cit., p. 447; R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit., p. 148; C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., p. 242, nota 38). Un tale regime era stato pensato nel progetto 1978, il cui art. 488, dopo aver previsto l'allegazione dei verbali letti e dei documenti ammessi, precisava che «i verbali di cui è vietata o non è stata data lettura non sono utilizzabili ai fini della decisione e non possono essere allegati al fascicolo del dibattimento» (in G. CONSO - V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., vol. I, *La legge delega del 1974*, cit., p. 530). In quel disegno di codice la scelta di una ricomposizione del fascicolo a dibattimento finito pare peraltro connessa al fatto che lì (salvo gli atti di istruzione che non necessitavano di lettura) non c'erano verbali inclusi nel fascicolo prima ed a prescindere dalla lettura. Il legislatore non aveva operato una selezione di atti investigativi destinati di per sé all'uso decisorio: tutto dipendeva dalle scelte delle parti. Secondo un'altra impostazione, l'art. 515 non prescrive l'eliminazione, a fine istruzione, degli atti non letti (solo) poiché questa sarebbe superflua, in quanto gli stessi sarebbero ormai già conosciuti dal giudice (G. UBERTIS, voce *Giudizio di primo grado*, cit., p. 534, nt. 73).

vare in sentenza la valutazione di non-utilizzabilità della prova, sia perché tale valutazione deve poter essere controllata, anche d'ufficio, nelle eventuali fasi di impugnazione⁸⁰.

Non sono previste, in sede di letture, valutazioni selettive in termini di rilevanza neppure in relazione ai verbali di altri procedimenti: verbali che peraltro non appartengono al fascicolo dibattimentale, né possono dirsi atti delle indagini preliminari⁸¹. Qui una selezione, prima ancora che inopportuna, sarebbe superflua: questi atti, una volta 'importati' all'interno di un processo diverso da quello in seno al quale sono stati compiuti, sono documenti, la cui ammissione va richiesta *in limine litis* ex art. 493 e disposta con l'ordinanza di cui all'art. 495. È quella la sede in cui il giudice verifica nel contraddittorio delle parti la sussistenza, non solo degli speciali requisiti di ammissibilità di cui all'art. 238, ma anche la loro non manifesta irrilevanza o superfluità.

In conclusione, è ancora valida ma va precisata la ricostruzione, formulata sotto l'impero del codice Rocco, che individua nella dinamica delle letture consentite (oggi diremmo letture o indicazioni consentite) e delle letture vietate quattro diverse variabili, due fisiologiche e due patologiche: 1) lettura di atti leggibili, 2) omessa lettura di atti non leggibili, 3) omessa lettura di atti leggibili, 4) lettura di atti non leggibili⁸². La terza ipotesi – *omessa lettura (o indicazione) di atti leggibili* – rappresenta oggi un'eventualità fisiologica solo in relazione alle letture dal fascicolo del pubblico ministero: immaginiamo che una dichiarazione resa nelle indagini da una persona informata sui fatti sia divenuta irripetibile, e che le parti non siano interessate al recupero di quelle informazioni, in quanto esse risultano *a posteriori* ininfluenti rispetto alle rispettive ricostruzioni del fatto. L'omessa lettura (reale o *ficta*) risulta invece sempre patologica per gli atti selezionati dalla legge o negoziati dalle parti.

⁸⁰ «Se l'atto è già contenuto nel fascicolo per il dibattimento, e se la lettura è lo strumento per rendere processualmente utilizzabile un atto che già possiede tale attitudine, il giudice non può sottrarre alla parte tale elemento di prova, a meno che ricorra una situazione di inutilizzabilità per illegittima acquisizione, ai sensi dell'art. 191» (E. FASSONE, sub *Art. 466-bis*, *loc. ult. cit.*).

⁸¹ Tali verbali potrebbero essere acquisiti dal p.m. già in fase di indagine, ma questo non ne fa atti d'indagine nel procedimento nel quale sono importate.

⁸² Ripropone le quattro combinazioni 'leggibilità-lettura' S. BUZZELLI, *Le letture*, cit., p. 63.

6.2. *Le letture dal fascicolo del pubblico ministero*

Diverso è il discorso per quanto riguarda le letture di atti appartenenti al cd. 'fascicolo del pubblico ministero' (e oggi anche di quelli inclusi nel fascicolo del difensore, destinato a confluirci: artt. 511-bis - 513). Queste letture riguardano atti che per diversi motivi sono *diventati* irripetibili: per cause naturali (art. 512), per l'impossibilità di procurare la comparizione in giudizio del soggetto-fonte (art. 512-bis), per il contegno processuale della fonte medesima (art. 513 comma 2).

Qui la lettura pubblica svolge ancora una funzione 'selettiva' e dunque di acquisizione – materiale e giuridica – al giudizio: seleziona l'atto investigativo tra tutti quelli accumulati nel fascicolo del p.m., e al tempo stesso gli conferisce una funzione probatoria che (contrariamente a quanto può dirsi per i verbali di cui all'art. 431) normalmente non ha. In questo caso, l'assunzione da parte dell'atto investigativo del valore giuridico di 'prova' è assolutamente eventuale, in quanto legato ad una richiesta proveniente da uno dei contendenti. In assenza di una tal richiesta, quegli atti – pur in ipotesi astrattamente leggibili, in quanto divenuti irripetibili – non soltanto restano (fisiologicamente) inutilizzabili, ma rimangono addirittura fuori dalla disponibilità del giudice.

Alla richiesta di parte fa tuttavia riscontro un provvedimento giudiziale – ammissivo – che controlla soltanto la sussistenza delle condizioni di 'leggibilità' dell'atto, senza che residuino al giudice margini di apprezzamento intorno alla sua rilevanza o utilità. Ciò si evince dalla formula normativa: gli artt. 512 ss. si limitano a prevedere che «il giudice, a richiesta di parte, dispone» senza contemplare la possibilità di un diniego motivato dalla manifesta irrilevanza o superfluità della prova⁸³.

In altre parole, le *uniche* condizioni di ammissibilità delle letture dal fascicolo del p.m. sono costituite dalla sussistenza delle situazioni in presenza delle quali la legge consente, in deroga al generale divieto di cui all'art. 514, la lettura di atti del fascicolo delle parti (ad es., la 'sopravvenuta impossibilità di ripetizione' di cui all'art. 512 o la mancata comparizione in giudizio dell'imputato in procedimento connesso

⁸³ D. SIRACUSANO, *Quale dibattimento*, cit., p. 245, il quale in riferimento alle letture ex art. 512 nota come «la soluzione normativa privilegia l'avvenuta acquisizione dell'atto e la sua utilizzabilità. Se una parte lo richiede il giudice dispone la lettura». In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. IV, 3 febbraio 1995, Elbaah, in *Giust. pen.*, 1996, III, p. 102.

di cui all'art. 513 comma 2)⁸⁴; per il resto, il giudice è vincolato a disporre la lettura richiesta⁸⁵.

La sola ipotesi di richiesta 'non vincolante' per il giudice è quella di cui all'art. 512-*bis* riguardante le dichiarazioni rese dallo straniero⁸⁶. *Pour cause*: siccome qui l'impossibilità di formare la prova in dibattimento non è imprevedibile, il recupero del verbale è subordinato ad una condizione non prevista per le altre letture. La formula «il giudice, a richiesta di parte può disporre», indica infatti una valutazione discrezionale, il cui parametro legale è nell'inciso «tenuto conto degli altri elementi di prova acquisiti»: la lettura va disposta solo se l'informazione fornita dal verbale trovi riscontro negli atti del processo⁸⁷; la *ratio* è quella di evitare che la decisione possa essere pronunciata *soltanto* in base alla prova formata senza contraddittorio⁸⁸.

⁸⁴ Ciò non toglie che, quando la lettura sia consentita solo all'esito dell'infruttuoso tentativo di discussione orale della fonte (ad esempio, nel caso dell'art. 512-*bis* o dell'art. 513 comma 2), il giudice avrà già compiuto un vaglio di rilevanza rispetto all'esame richiesto *in limine litis*.

⁸⁵ E. ZAPPALÀ, *Prime note*, cit., p. 93, di fronte alla prescrizione di creare una «diversa specifica» per gli atti divenuti irripetibili, ipotizzava la possibilità di un regime acquisitivo automatico di questi atti, a prescindere da un'iniziativa di parte.

⁸⁶ L'art. 512-*bis*, che nella formulazione originaria (d.l. n. 306 del 1992), consentiva il recupero di dichiarazioni rese da straniero residente all'estero non citato o non comparso, fu inserito per far fronte al problema dell'irrintracciabilità dei testi residenti all'estero: non potendo applicare l'art. 512 (per la prevedibilità dell'evenienza) alcuni giudici finirono per considerare la situazione dello straniero privo di recapito italiano quale causa di irripetibilità originaria dell'atto, con un'inammissibile interpretazione estensiva dell'art. 431 (cfr. C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., p. 503). Una «pseudo-irripetibilità»: in realtà si trattava di difficile ripetibilità, per giunta non imprevedibile; il rispetto del principio del contraddittorio sarebbe ancora possibile, ancorché «scomodo» (G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive*, cit., p. 1135). Questa differenza rispetto all'art. 512, unita al fatto che la lettura potesse chiedersi anche quando non fosse stato richiesto l'esame dibattimentale, svelava una *ratio* affatto diversa: non già evitare la dispersione della prova, ma economizzare sui tempi dibattimentali. Nella versione attuale (l. n. 479 del 1999) la norma consente la lettura solo ove la persona, citata, non sia comparsa, e ne risulti «assolutamente impossibile» l'audizione dibattimentale. La riformulazione ha reso l'istituto coerente alla *ratio* della 'accertata impossibilità di natura oggettiva', di cui all'art. 111 comma 5 Cost. rendendolo operante solo quando non vi sia alcuna possibilità di ascoltare il dichiarante in dibattimento.

⁸⁷ Una *corroboratio*, sulla falsariga di quella *ex art.* 192 comma 3, ma posta come condizione di ammissibilità della prova anziché come regola di valutazione G. ILLUMINATI, *Giudizio*, in G. CONSO – V. GREVI (a cura di), *Compendio*, cit., p. 694.

⁸⁸ La diversa interpretazione, secondo cui la clausola consentirebbe la lettura solo per le prove 'decisive' (Cass., Sez. I, 26 ottobre 1999, Garbellini, in *C.E.D. Cass.*, n. 216127), o comunque di quelle la cui rilevanza sia confermata da altri elementi postula la derogabilità del contraddittorio proprio laddove esso sarebbe più prezioso (C. CESA-

6.3. L'indicazione di utilizzabilità

Il sistema vigente prevede poi che ogni lettura (*necessaria o eventuale*) possa essere sostituita dall'«indicazione», espediente economico che come si è già detto i compilatori del codice vigente hanno mutuato dalla vecchia pratica del «dar per letto» e dalla indicazione di cui all'art. 466-*bis* c.p.p. abr. Quando la lettura risulti troppo dispendiosa, per il numero degli atti da leggere o per la loro mole, si può ometterla procedendo in suo luogo ad una diversa operazione: il giudice indica «specificamente» quali sono gli atti «utilizzabili per la decisione» (art. 511 comma 5). Una sorta di valutazione della indispensabilità della lettura, che non implica alcun sindacato sulla rilevanza ed utilità della prova.

Sebbene si tenda a ritenere diversamente⁸⁹, sembra che alla previsione di cui all'art. 511 comma 5 possa riconoscersi un carattere generale, in grado di riferirsi sia alle letture dal fascicolo del dibattimento che a quelle dal fascicolo del p.m.⁹⁰. Sarebbe difficile sostenere che il verbale non letto, ma sul quale si sia tenuta una lunga discussione, chiusa da una precisa presa di posizione del giudice in ordine alla sua «leggibilità», non sia poi utilizzabile, in quanto prova non «legittimamente acquisita» ex art. 526 comma 1⁹¹. Se fosse davvero così non

RI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit. p. 515; cfr. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 15 dicembre 2011, Al-Khawaja c. Regno Unito, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3114).

⁸⁹ Ritengono che le letture di atti diversi da quelli già inseriti nel fascicolo dibattimentale (o che avrebbero dovuto esservi inseriti) non possono essere sostituite dall'indicazione, prevista dall'art. 511 e non richiamato *in parte qua* dalle disposizioni seguenti S. BUZZELLI, *Le letture*, cit., p. 108; F. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., p. 134; R. ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit., p. 39, nt. 82; M. NOBILI, sub Art. 512, cit., p. 123; A. NAPPI, *Guida*, cit., p. 504; C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., p. 292; G. UBERTIS, voce *Giudizio di primo grado*, cit., p. 535.

⁹⁰ L'art. 515 va riferito sia agli atti letti effettivamente sia a quelli indicati. Del resto, come è testimoniato dalla sua collocazione d'apertura alle disposizioni in tema di letture, *tutto* l'art. 511 sembra essere norma generale: non può non attribuirsi portata generale anche alla previsione del secondo comma che, per scongiurare la prassi delle «conferme», prescrive che la lettura di verbali dichiarativi va disposta dopo l'esame del dichiarante (perciò vale solo come chiarificazione il richiamo all'art. 511 comma 2 effettuato dall'art. 511-*bis*). Ritiene praticabile la *ficta lectio* anche per le letture dal fascicolo del p.m. Cass., Sez. VI, 18 ottobre 2000, Paviglianiti, in *C.E.D. Cass.*, n. 219616.

⁹¹ Queste conseguenze iniquamente rigorose, derivanti dal ritenere mai *sostituibili* le letture dal fascicolo del p.m. potrebbero evitarsi solo ricostruendo la lettura come strumento di argomentazione e il diniego come produttivo di nullità intermedia: di fronte ad una indicazione dell'atto non seguita da lettura, la parte avrebbe l'onere di eccepire il vizio seduta stante, provocandone altrimenti la sanatoria. Così opinando, l'attuale prassi di non dare effettiva lettura, col tacito assenso delle parti, dei verbali acquisiti ai sensi degli artt. 511-*bis* e 513, limitandosi a dichiararne la leggibilità, si

rileverebbe neppure che l'omissione sia stata consentita dalle parti: ove la lettura effettiva costituisse l'unico possibile modulo acquisitivo, la sua mancanza pur 'consentita' precluderebbe in ogni caso al giudice di valutare la prova nella decisione.

Alla luce di tali considerazioni, non pare *contra legem* la prassi, assolutamente prevalente, di ritenere l'indicazione di utilizzabilità un valido surrogato di *qualsiasi* lettura, degli atti appartenenti al fascicolo dibattimentale come di quelli che vi vengano via via introdotti per cause di sopravvenuta irripetibilità, salvo che una delle parti ricusi l'espediente, esigendo la lettura effettiva dell'atto o del verbale.

Orbene, questa previsione della sostituibilità della lettura pubblica con l'indicazione è riprova di come la funzione di 'comunicazione orale' non sia affatto irrinunciabile, potendo essere trascurata tutte le volte in cui il giudice ritenga che i benefici non siano tali da giustificare il dispendio temporale necessario all'operazione⁹².

Nel sistema vigente la lettura è reputata essenziale solo come strumento di argomentazione probatoria, quando la si richieda per dimostrare il peso della prova o la sua inconsistenza, oppure ancora come mezzo di critica di altre prove. Ad esempio: la lettura del verbale di perquisizione può servire a chiarire il tenore della deposizione dell'operante, quando afferma circostanze non collimanti con quelle che risultano dal resoconto cartaceo.

Ne è conferma il fatto che le uniche ipotesi in cui essa non può essere sostituita con l'indicazione sono legate ad un bisogno della parte: la prima è quella in cui, trattandosi di verbali dichiarativi⁹³, qualcuno chieda che la lettura venga effettivamente eseguita; la seconda è quella del 'serio disaccordo' sul contenuto dell'atto. Si noti come an-

spiegherebbe come una consuetudine processuale 'abrogativa' della sanzione della nullità.

In definitiva, è preferibile ritenere che la lettura sia sempre surrogabile dal gesto simbolico (ossia che l'art. 511 comma 5 sia applicabile anche alle ipotesi di cui all'art. 511-bis ss.). In tal senso, implicitamente, P.P. RIVELLO, *Insufficiente il solo inserimento*, cit., p. 65.

⁹² La soluzione è stata peraltro oggetto di gravi riserve: col sistema dell'indicazione «molti atti della fase preliminare possono essere assunti come base del giudizio senza mai essere stati letti né quindi resi pubblici; con il rischio, soprattutto nei grandi processi, che qualche giudice, e in particolare i giurati, finiscano di fatto per decidere senza leggere né conoscere tutti gli atti e rimettendosi, come in passato, al fascicolo processuale e alla conoscenza che ne ha il presidente» L. FERRAIOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 774.

⁹³ Per 'dichiarazioni' qui s'intendono esclusivamente quelle rese da persona diversa da quella che produce l'atto istruttorio: non lo è la descrizione di comportamenti offerta dal giudice per le indagini preliminari durante una ricognizione (lo nota A. NAPOLI, *Guida*, cit., p. 504).

che in questo secondo caso la lettura risponde ad un'esigenza delle parti: sembrerebbe che qui (a dispetto dell'*incipit*: «se si tratta di altri atti, il giudice è vincolato ...») il giudice non risulti affatto 'vincolato', ma abbia sempre la solita possibilità di scegliere tra lettura e indicazione, a seconda che ravvisi o meno il 'disaccordo'⁹⁴. Ma presa alla lettera la disposizione sarebbe contraddittoria, oltre che intollerabilmente aperta: quando sussiste un serio disaccordo?

Diamo oggettività alla norma, interpretandola così: il giudice è vincolato a dare effettivamente lettura di un atto quando una parte lo richieda, allo scopo di dimostrare che il suo contenuto probatorio non è quello asserito dall'antagonista. Anche in questo secondo caso come nel primo la lettura effettiva è uno strumento conferito alla parte non per ottenere l'acquisizione di una prova, ma per confutarla: un espediente argomentativo⁹⁵.

6.4. Gli effetti 'acquisitivi' delle letture

Alla luce di quanto fin qui osservato, gli effetti della lettura vanno differenziati a seconda che si tratti di letture dal fascicolo del giudice o da quello del p.m. Quanto alle *letture dal fascicolo del dibattimento*, non sembra giustificato affermare che la sentenza in cui si valutino atti inclusi nel fascicolo dibattimentale *ex art. 431*, ma non letti né indicati come utilizzabili, sia emessa in base a prove non acquisite. L'estraneità delle letture di cui all'*art. 511* al procedimento acquisitivo della prova emerge abbastanza chiaramente da diversi tratti della disciplina, specie se confrontati all'assetto delle letture dibattimentali nel codice Rocco e nel progetto del 1978, nei quali esse avevano sempre funzione di acquisizione probatoria⁹⁶.

⁹⁴ L'unica differenza rispetto al regime ordinario della lettura/indicazione starebbe nel parametro della scelta discrezionale, normalmente costituito da considerazioni di economia dibattimentale, e qui invece dalla diagnosi del «serio disaccordo» sul contenuto dell'atto.

⁹⁵ A comporre un simile dissidio giova la discussione più che la declamazione pubblica dell'atto: in questi casi la richiesta di procedere alla lettura 'reale' sembra una rivendicazione di «sapore prevalentemente formale», che si presta ad un uso strumentale, volto ad inchiodare il giudizio dibattimentale (G. CONTI - A. MACCHIA, *Il nuovo processo penale*, cit., p. 150). Il disaccordo non riguarda l'aspetto documentale dell'atto, perché la disposizione fa riferimento al «contenuto» (d'altra parte l'atto documentale è una realtà cristallizzata), quanto piuttosto il significato rappresentativo e dunque, in ultima analisi, il valore probatorio: la questione attiene allo spazio della 'discussione' più che a quello delle 'letture'.

⁹⁶ Lo affermano a chiare lettere i compilatori (Relazione, in G. CONSO - V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., vol. I, *La legge delega*, cit., p. 1133).

È un dato da non sottovalutare che nel vigente codice di rito gli atti investigativi *ab origine* idonei a ‘provare’ in ragione della loro congenita irripetibilità sono posti a disposizione del giudice sin dall’inizio del dibattimento, cosicché la conoscenza dell’atto precede la lettura. Se questi atti non fossero davvero tutti, senz’alcuna selezione, destinati all’uso probatorio, ragioni di coerenza avrebbero consigliato di coordinare il loro ingresso nel fascicolo processuale ad un atto selettivo della parte o del giudice fondato su una loro (quantomeno asserita) rilevanza ai fini del giudizio⁹⁷.

Nel sistema vigente, se gli atti d’indagine *irripetibili* non fossero *tutti* destinati a far parte del corredo istruttorio del giudice, non si spiegherebbe perché essi siano posti, *tutti e subito*, a sua diretta disposizione. La ‘funzione di conoscenza’ realizzata dal precoce inserimento degli atti in questione nell’incartamento ufficiale non pare dunque giustificata se non nella prospettiva di una ‘funzione di prova’⁹⁸.

La disciplina mira così a consentire al giudice di fare un uso *probatorio* di tali atti anche *nel corso del dibattimento* e ben prima della loro lettura, per: a) verificare l’ammissibilità delle prove richieste dalle parti *in limine litis*; b) orientare i propri interventi nel corso degli esami orali; c) valutare l’opportunità di disporre l’assunzione di prove *ex officio*. Una scissione tra conoscibilità e utilizzabilità, tra ingresso nell’incartamento processuale e ammissione/acquisizione probatoria,

⁹⁷ Un sistema simile era stato pensato nel progetto 1978 che, come si è visto (cap. I, § 3), non prevedeva un «fascicolo per il dibattimento» ma un «fascicolo del dibattimento». La diversa nomenclatura segnala scelte diverse in ordine al recupero degli atti extradibattimentali: se in quel progetto era più ampio, rispetto al rito vigente, il novero degli atti recuperabili, la conoscenza di questi da parte del giudice era necessariamente correlata alla lettura pubblica. Non solo si prevedeva espressamente che qualsiasi atto compiuto fuori dal dibattimento sarebbe stato valutabile solo ove ‘acquisito’ *attraverso la lettura*, ma non era neppure previsto un fascicolo predisposto «per il dibattimento», bensì solo fascicolo «del dibattimento» frutto di una provvista operata concorrentemente da giudice e parti. Da quel fascicolo, gli atti leggibili erano tenuti fuori: in vista di *possibili* letture, esso ne conteneva (solo) un elenco.

Sensibile ai pericoli derivanti dalla conoscenza giudiziale degli atti predibattimentali, il progetto voleva scongiurare «gli infingimenti di letture disposte al solo fine di giustificare l’avvenuto uso di questo o quell’atto istruttorio», facendo in modo che la lettura costituisse veicolo di una conoscenza «prima effettivamente indisponibile» (D. SIRACUSANO, *Dalle indagini*, cit., c. 177). G. CONSO, *Dall’udienza preliminare*, cit., p. 520, notava come «i verbali di tali atti potranno essere sottratti alla custodia del cancelliere soltanto se nel corso del dibattimento una delle parti legittimate a farlo ne avrà chiesta ed ottenuta la lettura».

⁹⁸ La distinzione tra le due funzioni del fascicolo dibattimentale si deve a E. ZAPPALÀ, *Prime note intorno all’utilizzabilità*, cit., p. 333.

sembra addirittura incoerente rispetto alla logica della doppia fascicolazione, che si fonda proprio sull'esigenza che il giudice abbia sotto gli occhi solo ciò che può (e deve) utilizzare come prova.

Possiamo dire allora che i verbali di cui all'art. 431 sono ammessi e acquisiti nel momento in cui vengono inseriti nel fascicolo ufficiale in coda all'udienza preliminare, *ex lege* o per accordo delle parti, oppure durante il dibattimento, quando venga rimediata l'omessa inclusione di un atto appartenente al contenuto necessario del fascicolo, o le parti si accordino nel dibattimento per il suo inserimento.

Proviamo allora a ricostruire il meccanismo delle letture dal fascicolo del dibattimento, analizzando separatamente il caso della mancata indicazione e quello della mancata lettura.

Di regola occorre che si dia lettura di tutti gli atti – già ammessi ed acquisiti – accumulati nel fascicolo processuale, perché di essi giudice e parti prendano comune e contestuale conoscenza, così conseguendosi quei benefici prima accennati, legati all'oralizzazione degli scritti⁹⁹.

Quanto alla *omessa indicazione*, non è pensabile che il giudice nell'elencare gli atti, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 511 comma 5, ne trascuri qualcuno in ragione di una sua supposta inutilità: il giudice può (*rectius* deve) omettere soltanto gli atti nei quali sia stata ravvisata una qualche patologia processuale.

Fuori da quest'ipotesi, la mancata indicazione di un atto non può che esser frutto di una svista, che non inficia il procedimento acquisitivo, regolarmente compiuto, né incide sulla utilizzabilità dell'atto a fini decisori¹⁰⁰.

Nessuno è privato qui della possibilità di contraddire sulla prova: le parti sono da tempo informate della presenza dell'atto nel fascicolo e dunque ben consapevoli del fatto che lo stesso costituirà materiale valutabile nella sentenza.

La conclusione secondo cui l'atto non indicato non è validamente acquisito, e dunque non è fruibile nella decisione, era giustificata nel sistema previgente, in cui esisteva un fascicolo onnicomprensivo: senza un momento di ostensione del verbale non si poteva dire che questo fosse stato mai filtrato attraverso la griglia del contraddittorio.

⁹⁹ Solo la necessità di evitare un eccessivo allungamento dei tempi processuali può giustificare la sostituzione della lettura con la più veloce elencazione degli atti utilizzabili per la decisione.

¹⁰⁰ In caso contrario, il paradosso sarebbe evidente: c'è un atto investigativo incluso nel fascicolo, il giudice distratto che non lo ha indicato tra quelli utilizzabili ha rimediato all'errore, utilizzandolo (N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 252, n. 552).

E sarebbe forse ancora giustificato (pur se formalistico) giungere alla medesima conclusione anche in un sistema ‘senza fascicolo’, ove la lettura pubblica fosse strumento insostituibile di conoscenza processuale, ritenendo tanto preziosa questa forma di conoscenza da considerare fuori dal processo tutti gli scritti non *oralizzati*.

Ma una volta ammessa la surrogabilità della lettura col gesto simbolico, non pare sostenibile che l’omessa segnalazione renda l’atto *tamquam non esset*¹⁰¹. La decisione che valuti un atto del quale sia stata omessa l’indicazione tra quelli «utilizzabili ai fini della decisione» risulterebbe fondata su una prova mai acquisita: il giudice sarebbe sempre tenuto a rilevare tale vizio della sentenza, anche nei gradi successivi, a prescindere da un’eccezione di parte. Dal canto suo, la parte interessata (che sarebbe quella ‘danneggiata’ dalla prova male acquisita, anche se non avesse chiesto la lettura) potrebbe lamentarsene innanzi alla Corte di cassazione *ex art. 606 lett. c)* pur avendo omesso qualsiasi doglianza nei motivi d’appello¹⁰².

Sembra insomma sostenibile che il giudice possa fondare la sentenza anche sulla base di un atto presente nel fascicolo che per errore non sia stato indicato tra quelli «utilizzabili» *ex art. 511 comma 5*.

Resta da chiedersi cosa accada quando la parte chieda che sia data lettura (effettiva) di un atto ed il giudice si limiti ad indicarlo tra quelli utilizzabili ai fini della decisione.

Evidentemente, quando il codice considera la lettura sostituibile dall’indicazione, la parte non vanta alcuna aspettativa tutelabile alla lettura effettiva, l’accoglimento della richiesta è rimesso alla sensibilità del giudice rispetto ai bisogni difensivi delle parti.

Nelle ipotesi in cui invece la lettura pubblica è prevista come modalità insostituibile (verbali dichiarativi o controversi) tale necessità non può essere ovviata dalla mera indicazione dell’atto: non c’è dubbio che il verbale soltanto ‘indicato’ sarebbe in tal caso una prova irrualmente acquisita.

Se tuttavia ricollegassimo quest’anomalia all’art. 526, le conseguenze sanzionatorie prima ipotizzate suonerebbero ancora più stravaganti.

¹⁰¹ Mentre, si noti, lo stesso atto potrà essere stato già oggetto (legittimamente) di valutazione, se il giudice ne ha tratto spunto per integrare le prove fornite dalle parti o per orientare le sue interlocuzioni nelle escussioni orali.

¹⁰² La disposizione secondo cui il ricorso è inammissibile per violazioni di legge non dedotte nei motivi d’appello (art. 606 comma 3) non vale per le anomalie rilevabili d’ufficio in ogni stato e grado.

In primo luogo, interessata a far valere la violazione sarà la parte ‘danneggiata’ dalla valutazione della prova *de qua*, che potrebbe ben essere diversa da quella che ne aveva richiesto, senza esito, la lettura pubblica. E, ancora: l’eventuale declaratoria d’ufficio, azzerando il valore della prova, potrebbe peggiorare il pregiudizio patito dalla parte alla quale è stata negata la lettura, quando questa era stata richiesta per corroborare il valore probatorio del verbale.

Con ciò non si vuol aderire all’impostazione giurisprudenziale dominante, secondo la quale le norme che prevedono la lettura sono norme meramente ordinatorie. Questa tesi, partendo da una premessa condivisibile, arriva ad una conclusione assai opinabile. La premessa è che l’inclusione nell’incartamento ufficiale esaurisca il procedimento di acquisizione del verbale d’indagine, cosicché l’uso decisorio dell’atto non letto non incappa nel divieto di cui all’art. 526. Tale divieto concernendo le prove «diverse da quelle legittimamente acquisite», tutela la regolare ‘acquisizione’, «attività che, logicamente e cronologicamente si distingue, precedendola, da quella di lettura o indicazione degli atti inseriti nel fascicolo»¹⁰³.

In questa massima riecheggia però un’idea già circolante sotto l’impero del codice Rocco, secondo la quale l’omessa lettura di atti leggibili è ininfluenza, in quanto questi ultimi sono in ogni caso valu-

¹⁰³ Cass., Sez. I, 16 dicembre 1993, Citraro, in *Cass. pen.*, 1995, p. 307 («la violazione dell’obbligo, previsto dall’art. 511 [...] non può essere considerata come causa di nullità, non essendo essa specificamente sanzionata in tal senso, né apparendo inquadrabile in alcuna delle cause generali di nullità [...] La detta violazione, inoltre, non può neppure dar luogo ad inutilizzabilità, ai sensi dell’art. 191 c.p.p., degli atti di cui è stata omessa la lettura o l’indicazione»). La ricostruzione è avallata da Cass., Sez. un. civ., 14 novembre 2012, n. 19829, B. c. Min. giust., in *Giust. civ. Mass.*, 2012, p. 1300 (secondo cui nel procedimento disciplinare a carico dei magistrati, non occorre procedere a lettura o indicazione degli atti di indagine contenuti nel fascicolo del procedimento, poiché tale fascicolo «costituisce il corrispondente di quello previsto per il dibattimento penale dall’art. 431 c.p.p., e la lettura, a norma dell’art. 18, comma 3, lett. b), d.lgs. 23 febbraio 2006 n. 109, è contemplata come attività non obbligatoria, ma rimessa alla discrezione del giudice. Ne consegue che la mancata acquisizione, lettura o indicazione di risultanze istruttorie contenute nel fascicolo del procedimento non comporta l’inutilizzabilità delle stesse e, quindi, la nullità della decisione che di esse abbia tenuto conto»).

La dottrina è critica: «si confonde l’acquisizione con la messa a disposizione del giudice» dell’atto *de quo* (G. ILLUMINATI, *Ammissione*, cit., p. 107); «la formalità lettura scade a formalismo [...] non si legge più per acquisire, dapprima si acquisisce, quindi si dà, eventualmente, lettura» (S. BUZZELLI, *Le letture*, cit., p. 221). Minoritaria la giurisprudenza che riconosce valore acquisitivo alla lettura *ex art.* 511 (Cass., Sez. III, 11 aprile 1995, Fucci, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3433).

tabili dal giudice, ma mentre allora si trattava di una giurisprudenza re-triva, nel sistema oggi vigente l'assunto suona esatto.

Da respingere è invece la conclusione secondo cui tutti gli atti inseriti nel fascicolo siano sempre utilizzabili senza bisogno d'altro¹⁰⁴. Secondo quest'assunto, la lettura non farebbe che attestare una condizione, preesistente ed autonoma, di utilizzabilità del verbale: l'atto investigativo, purché sia di per sé fruibile a fini decisori ('leggibile'), resta tale anche se non viene letto; né è prevista una comminatoria di nullità. Si tratterebbe di un incombente processuale sfornito di sanzione.

Orbene, se è condivisibile l'affermazione secondo cui l'operazione di cui all'art. 511 non possiede il valore 'acquisitivo' che avevano le letture nel codice previgente (oggi 'superato' dal meccanismo della doppia fascicolazione) da tale assunto non discende che oggi la violazione delle norme sulle letture sia priva di conseguenze.

Sebbene la patologia non attiene alla dimensione della 'legittima acquisizione' dell'atto, il rifiuto illegittimo di disporre una lettura sembra rientrare a buon titolo tra le violazioni lesive del diritto delle parti a partecipare attivamente al processo, tutte sanzionate da nullità a regime intermedio (art. 178 comma 1, lett. *b*) per quanto riguarda le letture richieste dal pubblico ministero, o lett. *c*) per quanto riguarda le altre parti private¹⁰⁵).

Le conseguenze sono assai diverse da quelle che derivano dall'illegittima acquisizione della prova: la parte è tenuta a sollevare la questione *hic inde* (art. 182 comma 2), la nullità può essere rilevata o eccepita solo prima della conclusione del giudizio di secondo grado (art. 180) e può essere dedotta in cassazione *ex art.* 606 lett. *c*) solo se già sollevata nei motivi d'appello.

Si noti: 'nullo' è il *provvedimento* che nega la lettura, non la prova: altrimenti il giudice d'appello potrebbe confermare la sentenza di primo grado quando il verbale non abbia pesato sulla decisione, o ri-

¹⁰⁴ Sempre che l'atto non sia viziato o estraneo a quelli indicati all'art. 431 (entrambe le questioni restano controvertibili pure ad inclusione avvenuta).

¹⁰⁵ La situazione sembra simile a quella del diniego della replica, nella discussione, ad uno dei due difensori, ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità causa di nullità 'intermedia' (Cass., Sez. III, 17 dicembre 1991, Melis, in *Riv. pen.*, 1993, p. 100) o del difensore al quale il giudice non consenta di 'contestare' *ex art.* 500 (Cass., Sez. VI, 31 maggio 1995, Saporiti, in *C.E.D. Cass.*, n. 202549). In dottrina, è stata ritenuta sussistente una nullità intermedia nell'ipotesi del provvedimento che nega all'imputato la possibilità di formulare le conclusioni o di concludere per ultimo (R. ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit., p. 56). A proposito del p.m., si è detto che la «parola negata» equivalga ad ostacolarne la 'partecipazione' (F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 941).

decidere senza il dato spurio. In questi casi, però, sarebbe ingiustificato subordinare la censurabilità della violazione alla cd. prova di resistenza: anche se la decisione non sia fondata sull'atto non letto, la censura non sarebbe priva di pregio tutte le volte in cui la lettura sia stata richiesta come strumento critico di altre prove. In realtà, nullo è soltanto il provvedimento che ha privato la parte del diritto alla lettura: il giudice del gravame potrà rimediare disponendo la *lectio* in appello, e consentendo in tal modo alla parte di argomentare compiutamente¹⁰⁶.

Quanto alle *letture dal fascicolo del pubblico ministero*, il discorso è solo parzialmente diverso.

Ovvio che la mancata lettura dell'atto divenuto irripetibile ne importi l'inutilizzabilità: senza lettura l'atto non può essere allegato al fascicolo dibattimentale e dunque essere neppure conosciuto dal giudice.

Ma sembra che l'atto vada invece allegato e sia utilizzabile anche quando, per esigenze di risparmio temporale, esso venga dato per letto. E l'indicazione può essere manifestata *per facta concludentia*: a) può darsi che, alla fine di una lunga discussione sulla leggibilità dell'atto, nel corso della quale il verbale è stato scandagliato sino all'ultima riga, il giudice decida di 'darlo per letto', senza che nessuno obietti; b) l'indicazione è implicita in qualsiasi provvedimento nel quale il giudice prenda posizione in ordine alla leggibilità dell'atto¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Vigente il codice Rocco era controverso il rimedio esperibile a fronte dell'uso decisorio di un atto non letto né indicato. Secondo una prima ricostruzione, alla nullità (intermedia) della sentenza non poteva rimediare la rinnovazione del dibattimento in appello: la violazione dell'art. 466-*bis* comporta «una grave compromissione del diritto di difesa nell'aspetto dell'assistenza»; quest'ultima è resa incerta, eventualmente contraddittoria e dalle finalità non specifiche, in quanto l'imputato non viene posto in grado di conoscere su quali atti il giudice intenda fondare il suo convincimento» (Cass., Sez. III, 19 dicembre 1989, n. 956, Zanella, in *C.E.D. Cass.*, n. 183130). Secondo una diversa soluzione «l'annullamento con regressione è un epilogo eccezionale [...] quando viene riscontrato un vizio relativo ad un atto probatorio o alla motivazione della sentenza, il giudice di appello [...] "può ordinare la rinnovazione degli atti nulli" [...]. Ne consegue che nell'ipotesi in cui il giudice di primo grado non abbia specificamente indicato gli atti da utilizzare, correttamente il giudice di appello ordina la parziale rinnovazione del dibattimento disponendo a norma dell'art. 466-*bis* c.p.p. la lettura degli atti utilizzabili» (Cass., Sez. VI, 19 settembre 1990, Carretta, *ivi*, n. 185796; conforme Cass., Sez. I, 13 maggio 1991, Arcellaschi, *ivi*, n. 187809).

Cass., Sez. VI, 19 settembre 1990, cit., precisa che l'espressa previsione della nullità della sentenza per l'utilizzazione di atti non letti né indicati si risolve in un vizio della motivazione tipizzato: l'utilizzazione di un atto comporta di per sé sola la nullità, senza che occorra accertare l'incidenza dello stesso sulla decisione; conforme Cass., Sez. I, 17 ottobre 1990, Trinchero, *ivi*, n. 186175 («l'omessa indicazione [...] comporta la nullità della sentenza che sia fondata anche su di essi»).

¹⁰⁷ La giurisprudenza ammette indicazioni implicite quando afferma che non al

In entrambi i casi il verbale è stato esposto al contraddittorio e dunque, una volta allegato (art. 515), entra tra i materiali valutabili nella decisione¹⁰⁸.

Quando invece la parte richiama la lettura effettiva dell'atto che è divenuto irripetibile e il giudice la neghi illegittimamente – trattandosi dei casi in cui la lettura non ammette equipollenti – si ricade nella situazione già descritta a proposito delle letture dal fascicolo dibattimentale: la prova non è male acquisita, ma il giudice ha compiuto un atto nullo per violazione dei diritti di intervento delle parti nel processo.

L'unico caso di acquisizione illegittima della prova a causa della mancata lettura del verbale appartenente al fascicolo del p.m. è perciò configurabile nell'ipotesi, piuttosto teorica, in cui un verbale investigativo, pur divenuto irripetibile, venisse allegato al fascicolo senza un preventivo contraddittorio tra giudice e parti: allora potremmo dire che la prova non sia stata «legittimamente acquisita nel dibattimento», ai sensi di cui all'art. 526 comma 1. Senza una lettura né una indicazione, espressa o formulata *per facta concludentia*, la prova non è filtrata attraverso le griglie del contraddittorio¹⁰⁹.

6.5. Le letture in appello

Il procedimento acquisitivo di verbali di atti irripetibili o assimilati segue regole diverse in appello, dove il regime automatico che caratterizza questo tipo di materiali *naturalmente* destinati alla decisione deve fare i conti con i caratteri dispositivi dell'appello. L'art. 602 riconosce difatti al giudice d'appello la possibilità di dare lettura, d'ufficio o su istanza, non solo degli «atti del giudizio di primo grado», ma anche «entro i limiti previsti dagli articoli 511 e seguenti, di atti compiuti nelle fasi antecedenti».

La dottrina prevalente ritiene che la menzione degli atti delle fasi

momento dell'allegazione del verbale bensì «è al momento in cui il giudice ne dispone la lettura, o manifesta comunque la decisione di volersene avvalere, che deve invece aversi riguardo [...] per l'effettiva attuazione del generale principio della formazione della prova nel dibattimento nel contraddittorio delle parti» (Cass., Sez. III, 11 aprile 1995, Fucci, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3433).

¹⁰⁸ Quest'ultima disposizione prescrive l'allegazione al fascicolo degli «atti di cui è stata data lettura», ma è come se aggiungesse «... o che sono stati indicati come utilizzabili».

¹⁰⁹ Fuori da quest'ipotesi, il recupero probatorio degli atti contenuti nel fascicolo del p.m. si tradurrà in una illegittima acquisizione solo se e quando la lettura/indicazione venga eseguita in assenza delle condizioni previste dagli artt. 511-*bis*, 512, 512-*bis* e 513.

precedenti non può che riferirsi agli atti già letti in primo grado ¹¹⁰: in appello le letture fanno parte dello svolgimento ordinario del giudizio, e costituiscono uno strumento di controllo della correttezza dell'operato del primo giudice ¹¹¹, al pari della «relazione della causa»; le prove invece vi confluiscono attraverso l'istituto eccezionale della rinnovazione dell'istruzione (art. 603) ¹¹².

Perciò, possono *sempre* esser letti in appello gli atti *compiuti* nel primo giudizio e quelli ivi *letti* (o dichiarati utilizzabili): è naturale che il giudice d'appello verifichi la correttezza delle valutazioni formulate in prime cure in punto di ammissibilità probatoria, anche dei verbali investigativi acquisiti al fascicolo. E può farlo d'ufficio, nei limiti del devoluto: ove ritenga che un certo atto era in realtà inutilizzabile (e dunque non leggibile) lo dichiara, anche se nessuno degli appellanti ha formulato censure in merito ¹¹³. Nessun effetto 'acquisitivo', dunque.

¹¹⁰ Chi ritiene che gli atti inseriti *ex art. 431* ma non letti vadano espunti non può fare a meno di notare la 'stranezza' della disposizione (M. NOBILI, *Le opposizioni difensive* cit., p. 334; così l'Autore finisce per ritenere leggibili in appello atti non letti – e non acquisiti – in primo grado: M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 271).

¹¹¹ L'inciso «entro i limiti previsti dagli articoli 511 e seguenti» vorrebbe soltanto sollecitare a verificare la correttezza dell'operato del primo giudice in punto di letture (superflamente, secondo F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale*, cit., p. 183: al più, favorirebbe «l'eliminazione degli atti erroneamente inseriti nel fascicolo di primo grado»). Cfr. G. LOZZI, *Lezioni*, cit., p. 705: «dopo la relazione della causa inizia la discussione e quindi manca qualsiasi attività istruttoria. Peraltro, al fine di valutare la fondatezza o no delle doglianze proposte nei motivi d'appello» è consentita la lettura, e «nell'eventualità che neppure le letture bastino al fine di valutare la fondatezza o no delle doglianze predette, sono previste, sia pur come eccezionali, ipotesi di rinnovazione». Secondo un'esegesi solo parzialmente diversa (M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 271) la norma rende leggibili *tutti* gli atti compiuti nelle fasi antecedenti, nei limiti in cui lo siano in primo grado, anche di quelli mai letti: si fa l'esempio del verbale divenuto leggibile *ex art. 512* o già tale nel primo dibattimento, ma non letto. Sembra tuttavia sottinteso in quest'ultima interpretazione che – ove la lettura riguardi un atto mai letto – essa implichi la presenza delle condizioni per la rinnovazione istruttoria (art. 603). Così, in giurisprudenza, v. Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 11792, Castelluzzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 254436; Cass., Sez. V, 19 ottobre 1999, n. 14102, Pirastu, *ivi*, n. 216102. Insomma, la sequenza fisiologica del dibattimento d'appello è relazione, letture, rinnovazione istruttoria, ma quest'ultima può comprendere o anche esaurirsi in letture (che in questo caso sarebbero 'acquisitive').

¹¹² E. ZAPPALÀ, sub *Art. 602*, cit., p. 199; F. PERONI, *L'istruzione dibattimentale*, cit., p. 181; in riferimento al rito previgente, cfr. P. FERRUA, voce *Appello*, II) (*dir. proc. pen.*), cit., p. 32, nonché G. SPANGHER, voce *Appello nel diritto processuale penale*, cit., p. 216: in quel sistema, peraltro, il fascicolo trasmesso alla Corte d'appello conteneva tutti gli atti del procedimento di primo grado, inclusi quelli compiuti prima del giudizio e mai acquisiti tramite lettura.

¹¹³ Non si tratta di letture acquisitive: il giudice d'appello può decidere sulla base di *tutti* gli atti trasmessigli *ex art. 590* (purché utilizzabili) senza bisogno di darne let-

Diversa la situazione per i verbali investigativi appartenenti al contenuto necessario del fascicolo, che siano stati allegati ma non letti nel dibattimento di primo grado, perché ritenuti inutilizzabili, ‘fisiologicamente’ o in conseguenza di vizi processuali.

Qui un sindacato sulla valutazione del primo giudice pare possibile solo in due casi.

Primo: uno degli appellanti ne fa oggetto di censura nei motivi d’impugnazione, lamentando che l’erronea dichiarazione di inammissibilità ha impedito l’ingresso di una informazione che se acquisita, avrebbe determinato una decisione differente da quella impugnata¹¹⁴. La situazione è riconducibile alla fattispecie di cui all’art. 603 comma 1 e il giudice deve provvedere con ordinanza, nel contraddittorio delle parti.

Secondo: dall’esame della sentenza e degli atti del giudizio di primo grado, la Corte d’appello reputa necessarie alla decisione le informazioni desumibili dall’atto erroneamente pretermesso; siamo nel caso previsto dall’art. 603 comma 3: appurata, con apposita ordinanza, l’utilizzabilità del verbale investigativo, decide alla luce del dato erroneamente trascurato¹¹⁵. Eventualmente dopo averne dato lettura (art. 602 comma 3).

In entrambi i casi ora considerati, però, la lettura non è condizione per l’impiego del verbale nella decisione; l’indicazione di utilizzabilità è implicita nella decisione che ammette il verbale tra le prove, e se la parte richiedesse la lettura effettiva del protocollo o di un suo ‘passaggio’, l’eventuale diniego lederebbe, al più, i diritti argomentativi dei contraddittori con conseguente nullità, di tipo intermedio.

Saremmo *a fortiori* nell’alveo della rinnovazione istruttoria ove si trattasse di recuperare al giudizio di secondo grado atti di indagine irripetibili (o ad essi assimilati ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 431) assenti dal fascicolo trasmesso alla Corte d’appello *ex art.* 590, in quanto gli stessi non sono stati inseriti dal g.u.p. nel fascicolo proces-

tura (F. PERONI, *L’istruzione dibattimentale*, cit., p. 181. In giurisprudenza, in riferimento al codice previgente, Cass., Sez. V., 17 febbraio 1988, in *Cass. pen.*, 1989, p. 610, con nota di S. RAMAJOLI, *Disponibilità degli atti*, cit.; Cass., Sez. VI, 28 novembre 1989, n. 4156, Alario, *ivi*, 1991, p. 1416).

¹¹⁴ Se c’è stata un provvedimento che abbia rifiutato in prime cure l’acquisizione o la lettura impugnerà l’ordinanza contestualmente alla sentenza. Secondo alcuni l’erronea declaratoria di inammissibilità sarebbe rimediabile *ex art.* 604 comma 5 (F. PERONI, *L’istruzione*, cit., p. 181; *contra*, M. MENNA, *Il giudizio d’appello*, cit., p. 314, il quale nota come questa disposizione «può aver ad oggetto soltanto prove raccolte e non anche i mezzi istruttori non acquisiti»).

¹¹⁵ M. BARGIS, *Impugnazioni*, cit., p. 865; in giurisprudenza Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 11792, Castelluzzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 254436.

suale, o ne sono stati espunti ad opera del giudice dibattimentale, negli atti introduttivi ¹¹⁶.

Fuori da queste ipotesi, il giudice d'appello non è tenuto a recuperare i verbali investigativi che in primo grado siano stati erroneamente considerati inidonei all'uso decisorio ¹¹⁷.

Insomma, mentre nel giudizio di primo grado gli atti appartenenti al contenuto legale del fascicolo sono tutti destinati ad essere esaminati ai fini della decisione, ove essi restino fuori dalla selezione istruttoria, l'*error in procedendo* è rimediabile solo nella misura in cui l'atto risponda alle esigenze di controllo della decisione resa dal giudice di primo grado.

6.6. Conclusioni: omessa lettura e omessa indicazione

Azzardiamo la seguente conclusione: nel codice vigente, la funzione più rimarchevole che nella tradizione dei processi misti è ricoperta dalle letture dibattimentali, ossia l'esposizione della prova preformata al contraddittorio dibattimentale, oggi è svolta dal moderno surrogato della *indicazione di utilizzabilità*; alla lettura (effettiva) dei verbali è rimasta la funzione, importante ma non indefettibile, di strumento dialettico-retorico, attraverso il quale una parte può argomentare sulle prove, rafforzare il valore del protocollo sottoposto a lettura o screditarlo, oppure ancora impiegarlo in chiave critica rispetto ad altre prove, scritte od orali ¹¹⁸.

¹¹⁶ In quest'ultima ipotesi l'integrazione istruttoria officiosa in appello dovrebbe essere meno agevolmente ipotizzabile: il giudice dovrebbe cogliere l'esistenza di un verbale erroneamente tralasciato, e utile, dall'esame della sentenza, dalla lettura degli atti del giudizio precedente o dagli esiti di una istruttoria d'appello.

È rinnovazione pure la lettura (sempre nei limiti consentiti dalle norme, ad es., ex art. 512) di atti non presenti nel fascicolo, in quanto rimasti nell'incartamento del p.m.: la *lectio* potrebbe non essere stata chiesta in primo grado, o essere stata ritenuta non consentita (v. la ricostruzione proposta da M. NOBILI, *La nuova procedura*, cit., p. 271).

Non sembra invece neppure astrattamente configurabile l'ipotesi di atti correttamente allegati al fascicolo, ma non letti per difetto di iniziativa delle parti, o perché reputati inutili dal giudice, visto che – se è esatta la ricostruzione formulata poco fa – l'acquisizione di tali atti prescinde da valutazioni in chiave di rilevanza o utilità.

¹¹⁷ Come si è correttamente osservato, «il giudice del dibattimento o dell'imputazione possono sempre dichiarare d'ufficio l'inutilizzabilità di un atto prima ritenuto utilizzabile. Non è vero però il contrario giacché, senza una richiesta di parte, il giudice non potrebbe dichiarare utilizzabile un atto la cui inutilizzabilità sia stata già accertata, né revocare l'ordinanza emessa da altro giudice» (F. GRIFANTINI, *Attività preparatorie*, cit., p. 43).

¹¹⁸ La lettura serve all'argomentazione 'esterna' al mezzo di prova (R. ORLANDI,

La lettura pubblica dei verbali investigativi ha una funzione compensativa del mancato contraddittorio maieutico: «dove non si è potuta garantire una argomentazione ‘interna’ al mezzo di prova, essendo il contenuto materiale di questo già, per così dire, racchiuso nel verbale, si è ritenuto di dover assicurare almeno una immediata possibilità di argomentazione ‘esterna’, onde permettere alla parte di rafforzare la propria tesi, opportunamente ‘chiosando’ la lettura dell’atto»¹¹⁹; ogni contraddittore potrà far inserire a verbale (art. 482 comma 1) rilievi ed osservazioni: «grazie al verbale, l’argomentazione sul mezzo di prova si prolunga fino alla camera di consiglio»¹²⁰. Ecco perché la lettura effettiva è insostituibile solo ove sia una delle parti a pretenderla. Se la lettura fosse, prima che strumento argomentativo, un mezzo di acquisizione della prova, sarebbe difficilmente giustificabile che nessuna *lectio* sia obbligatoriamente prevista per le prove documentali¹²¹.

L’*omessa lettura* di un verbale non implica l’illegittima acquisizione al processo (la prova incorporata nell’atto è ammessa e acquisita con l’inserimento nel *dossier* processuale), ma può comunque condizionare la sua utilizzabilità ai fini della decisione.

Quanto ai *verbali già presenti nel fascicolo* dibattimentale, se nessuno ne richieda la lettura effettiva e il giudice non la dispone, procedendo alla mera indicazione, il protocollo è nondimeno utilizzabile, in quanto compreso tra gli atti del procedimento che, destinati alla decisione, sono comunque esposti al contraddittorio dibattimentale. *Idem* ove il giudice, per mero errore materiale, abbia mancato di indicare l’atto tra quelli ‘utilizzabili’.

Nel caso in cui la parte richieda la lettura dell’atto, e si tratta di una situazione in cui la *lectio* non può essere surrogata dall’indicazione, il diniego (illegittimo) è causa di nullità intermedia, in quanto lesivo del diritto di partecipazione al dibattimento (art. 178, comma 1, lett.

L’attività argomentativa, cit., p. 43), l’unica possibile per le prove precostituite, in relazione alle quali le parti, non avendo partecipato al momento formativo, non hanno potuto svolgere attività di argomentazione ‘interna’.

¹¹⁹ R. ORLANDI, *L’attività argomentativa*, loc. ult. cit.: la lettura consente «brevi osservazioni, critiche e precisazioni ad opera delle parti» sul contenuto dell’atto. Sulla differenza qualitativa tra il contraddittorio «poietico» e contraddittorio retorico-argomentativo, cfr. G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, p. 4 ss.

¹²⁰ R. ORLANDI, *L’attività argomentativa*, loc. ult. cit.

¹²¹ La lettura non è prevista per alcuna prova documentale (G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 142), incluse le sentenze di altri processi: evidentemente di ognuno di questi atti sarà possibile alle parti dare lettura, verosimilmente durante la discussione, a fini, per l’appunto, argomentativi, ma l’operazione è un incombente necessario.

b) o lett. c), a seconda che l'istante sia l'accusatore o una parte privata).

Quanto agli *atti del fascicolo del pubblico ministero*, l'omessa lettura è senza conseguenze se il giudice ha comunque indicato l'atto in questione, attraverso una dichiarazione espressa o implicitamente (quando, all'esito delle argomentazioni svolte dalle parti a supporto della richiesta di lettura, abbia ritenuto l'atto effettivamente leggibile). Qualora si tratti di verbali di dichiarazioni o dal contenuto controverso, la parte interessata alla lettura effettiva potrà sempre obbligare il giudice a disporla, purché la rivendichi espressamente.

7. L'ASSENZA DEL CONTROLLO DI RILEVANZA

Resta da verificare la ragionevolezza del regime che fin qui si è descritto. Recentemente, infatti, la dottrina ha fornito una suggestiva chiave di lettura di questo assetto normativo, ravvisandovi «una sorta di presunzione *iuris et de iure* di ammissibilità degli atti da inserire nel fascicolo del dibattimento»: il fascicolo dibattimentale potrebbe essere considerato «l'erede del fascicolo d'ufficio del sistema misto, e allo stesso modo di quello risulta *naturaliter* attratto nella sfera delle conoscenze rilevanti per la decisione»¹²². Una sorta di 'affidamento' sulla pertinenza dell'attività compiuta dall'organo inquirente: allora il giudice istruttore compiva «tutti e soltanto quegli atti [...] che appaiano necessari all'accertamento della verità» (art. 299 c.p.p. abr.), oggi il pubblico ministero investigante è vincolato non meno del giudice al rispetto del canone di pertinenza di cui all'art. 187. Si tratterebbe di un retaggio culturale insomma: l'idea secondo cui, siccome gli atti di inda-

¹²² M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 203. In realtà, nei sistemi misti la lettura dei verbali della fase precedente, eventualmente richiesta dalle parti, non era scontata, dovendo superare il filtro di rilevanza operato in ogni caso dal giudice responsabile della provvista probatoria. L'espressione 'può essere data lettura' andava interpretata nel senso che l'iniziativa del giudice presupponeva una valutazione discrezionale, in base alla quale «il giudice deve assumere tutte le prove, che si palesano utili ai fini della decisione, entro i limiti segnati, e dalla sufficienza del risultato conoscitivo già eventualmente ottenuto» (F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., p. 192, p. 194, nt. 35). Una discrezionalità connaturata alla nostra tradizione: l'art. 407 c.p.p. 1913 prevedeva che, salvi divieti di lettura, il giudice «anche d'ufficio, fa dare lettura dei rapporti, delle denunce e delle querele e di ogni altro atto o documento del procedimento, ovvero presentato dal pubblico ministero o dalle parti, *quando ne riconosca la pertinenza e la utilità* [corsivo nostro]»; ispezioni, perquisizioni e sequestri, erano leggibili incondizionatamente (art. 405 c.p.p. 1913) «col solo limite dell'utilità e della pertinenza» (P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 219).

gine sono (*rectius* erano, nella disciplina originaria del codice) atti del pubblico ministero, compiuti allo scopo di verificare la fondatezza della *notizia criminis*, tale provenienza consentirebbe di presumere una ‘certa’ loro attinenza ai temi del (futuro) processo.

In realtà, una tale *ratio* di affidamento sulla pertinenza dell’attività del p.m., oltre che azzardata, risulterebbe anche un po’ *retro*, oggi che il monopolio investigativo della parte pubblica è stato superato in conseguenza delle cospicue prerogative assegnate al difensore ¹²³.

Più che presumerne la pertinenza, il legislatore deve aver considerato che gli atti destinati *ab origine* al fascicolo dibattimentale sono legittimati dalla presenza di particolari condizioni normativamente prestabilite, che postulano un peculiare, qualificato, collegamento tra l’attività investigativa e i fatti oggetto del procedimento ¹²⁴.

La legittimità di una perquisizione presuppone, ad es., un provvedimento motivato in ordine al «fondato motivo di ritenere che taluno occulti sulla persona il corpo del reato o cose pertinenti al reato» o che queste si trovino «in un determinato luogo» (art. 247); il decreto di sequestro deve individuare un nesso diretto o pertinenziale tra le cose e il reato, e spiegare perché queste siano «necessarie all’accertamento dei fatti» (art. 253); le intercettazioni sono possibili a patto che il giudice verifichi i ‘gravi indizi’ di uno dei reati elencati dall’art. 266 e la ‘indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini’ (art. 267 comma 1) ¹²⁵.

¹²³ Proprio rispetto alle investigazioni del difensore i negoziati sul fascicolo assumono particolare rilievo, poiché attraverso essi gli esiti di quelle indagini possono entrare nel processo, ancorché non ‘irripetibili’. Se non si fosse saldata alla novella sulle acquisizioni concordate, la riforma delle indagini difensive (l. n. 397 del 2000) avrebbe avuto minor peso; la possibilità di concordarne con l’accusatore l’allegazione al fascicolo rappresenta addirittura un «corollario delle indagini difensive» secondo E. FASSONE, *Il giudizio*, cit., p. 904. Nel procedimento davanti al giudice di pace su ricorso dell’offeso è possibile che gli unici materiali acquisibili su accordo (art. 29 d.lgs. n. 274/2000) siano costituiti dalla documentazione allegata dal ricorrente.

¹²⁴ Quanto agli atti dell’incidente probatorio, la pertinenza ai temi del futuro processo è controllata dal giudice chiamato a disporre l’incombente.

¹²⁵ Talvolta viene effettuato un controllo di rilevanza anche dopo l’espletamento dell’atto e prima del suo inserimento nel fascicolo: accade per le intercettazioni, relativamente alle quali il legislatore si preoccupa di depurare i risultati dell’attività captatoria dai prodotti inutili in quanto non pertinenti, a fini di tutela della riservatezza delle persone, che sarebbe ingiustificatamente compromessa dalla lettura pubblica delle trascrizioni in dibattimento. L’art. 268 comma 6 prevede infatti che il giudice disponga «l’acquisizione delle conversazioni, indicate dalle parti, che non appaiano manifestamente irrilevanti, procedendo anche d’ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l’utilizzazione». Così, stampe e trascrizioni vengono inserite

Si potrebbe obiettare che la valutazione di ‘rilevanza’ formulata dall’autore dell’atto prima del suo compimento, ed eventualmente controllata dal giudice in sede di autorizzazione, si riferisce pur sempre ad un assunto investigativo che potrebbe non esser confermato o addirittura smentito dagli esiti dell’attività¹²⁶. Le esigenze del “conoscere per agire” conducono a reperire il maggior numero di informazioni, esponendo l’attività investigativa ad un certo rischio di irrilevanza nel dibattimento, che è basato sulla logica del “conoscere per giudicare”¹²⁷. E tuttavia non si direbbe illogico un sistema che consideri tollerabile un tale rischio, nell’economia del processo.

Il disinteresse del nostro sistema processuale per il controllo di rilevanza dei verbali investigativi ammessi a far parte del *dossier* dibattimentale trova nella disciplina positiva diversi riscontri.

Uno proviene dal rito ‘di pace’, nel quale, a differenza di quanto è previsto nel processo davanti agli organi togati, la formazione del fascicolo avviene negli atti introduttivi al dibattimento, e il giudice che ammette le prove provvede anche a collazionare gli atti d’indagine utilizzabili nella decisione¹²⁸. Ebbene, nonostante la contiguità tra fascicolazione degli atti e ammissione delle prove, non solo i momenti sono mantenuti distinti anche cronologicamente¹²⁹, ma la selezione degli atti da inserire nel fascicolo processuale è collocata *dopo* la pronuncia dell’ordinanza ammissiva delle prove¹³⁰.

Questa scansione sembra dirci che l’allegazione di atti investigativi, per legge o negozio, si pone al di fuori della decisione con la quale si “ammettono” le prove chieste dalle parti: se infatti gli accordi fossero soggetti ad un vaglio d’ammissione sovrapponibile a quello previsto per le richieste di prova, evidenti ragioni di opportunità pratica avrebbero suggerito di collocare lo spazio per questi accordi *prima* e non dopo l’ordinanza ammissiva delle prove¹³¹.

nel fascicolo dibattimentale (art. 268 comma 7.) già depurate dai contenuti irrilevanti (cfr. in argomento *retro*, cap. II § 3).

¹²⁶ Al più, in simili ipotesi, l’atto investigativo potrebbe tornare utile al giudizio per escludere ipotesi alternative dei fatti.

¹²⁷ R. ADORNO, *L’ammissione della prova*, cit., p. 214.

¹²⁸ Sulla formazione dei fascicoli nel rito ‘di pace’ v. *supra*, cap. II § 4.

¹²⁹ Tiene distinti i due momenti G. FIDELBO, voce *Giudice di pace (dir. proc. pen.)*, cit., p. 54.

¹³⁰ E. MARZADURI, *Giudizio di primo grado*, cit., p. 293.

¹³¹ È stato osservato come sia singolare la successione, nell’art. 29 d.lgs. n. 274 del 2000, tra i momenti della ammissione delle prove (le richieste non sono formulate oralmente ma indicate del decreto di citazione o nel ricorso dell’offeso) e della formazione del fascicolo coi relativi accordi, perché le pattuizioni acquisitive di atti possono rendere superflue richieste di prove e anche le relative decisione ammissive. In ogni

Del resto, un vaglio preventivo di rilevanza delle informazioni provenienti dai verbali è assente nel giudizio abbreviato, ove l'opzione processuale determina l'applicazione di un metodo d'accertamento che non soltanto è senza oralità e contraddittorio maieutico¹³² ma anche privo di qualsiasi selezione del materiale delle indagini preliminari, *interamente* tramutato in prova col consenso dell'imputato¹³³.

Per quanto riguarda poi gli atti appartenenti al fascicolo del p.m., occorre notare che solitamente la leggibilità del verbale postula che sia fallita, perché impossibile, una corrispondente prova orale già risultata ammissibile *ex artt.* 495 e 190: ove la richiesta di prova sia stata disattesa perché ritenuta irrilevante o superflua, la lettura del verbale risulterebbe vietata dall'art. 511 comma 2. Perciò al momento della lettura ogni questione di rilevanza è superata, residuando eventualmente soltanto quella dell'utilizzabilità dell'atto investigativo, ossia della ricorrenza della situazione, di volta in volta tipizzata dalla legge, che determina l'impossibilità di una prova migliore, ossia di un'escussione dibattimentale.

Così, la lettura di verbali alieni (art. 511-*bis*) presuppone un'ammissione richiesta *in limine litis*; la lettura di dichiarazioni rese dal residente all'estero e dall'imputato in procedimento connesso (artt. 512-*bis* e 513) postula un esame orale già chiesto, ma rivelatosi impossibili.

Il nostro legislatore si è preoccupato di prescrivere una selezione, in astratto e per tipologie, degli atti d'indagine recuperabili all'impiego decisorio in quanto portatori di informazioni non conseguibili dialetticamente (art. 431), mentre non ha ritenuto necessario prevedere che, nell'ambito del materiale così individuato, le parti (o le parti ed il giudice) operassero un'ulteriore selezione, in concreto ed in riferimento a singoli atti, sulla base della loro utilità ai fini della decisione.

La scelta normativa sembra così fondata, più che su di una presunzione di rilevanza dei materiali selezionati in ragione della loro irripetibilità, su considerazioni parzialmente differenti: il numero limitato degli atti irripetibili, e i loro particolari presupposti di legittimità, col-

caso il rischio di compimento di attività superflue dovrebbe essere ridotto in considerazione del fatto che ammissione delle prove e acquisizioni concordate avvengono in momento contigui (C. RIVIEZZO, *Il giudizio*, cit., p. 145).

¹³² G. ILLUMINATI, *Il giudizio senza oralità*, cit., p. 69.

¹³³ F. ZACCHE', *Il nuovo giudizio abbreviato*, cit., p. 65-66, nota come mentre nel rito ordinario l'accertamento si fonda sul metodo «dialettico», che implica la selezione del materiale probatorio in punto di rilevanza, nel rito abbreviato viene adottato un metodo «ricettivo», in cui è assente qualsiasi selezione dei dati contenuti nel fascicolo investigativo.

legati ad un qualificato nesso di pertinenza rispetto alla *res iudicanda*, hanno consentito ai compilatori del codice di ritenere trascurabile il rischio che attraverso il meccanismo selettivo di cui all'art. 431 entrassero nel processo dati informativi inutili. Per questo, in relazione agli atti non più ripetibili in dibattimento, l'esigenza di 'conservazione' delle informazioni acquisite prevale sulle esigenze di 'selezione' delle stesse¹³⁴.

Questi atti costituiscono insomma la 'storia' del processo e la sua «ossatura originaria»¹³⁵ e per questo essi sono somministrati al giudice, *tutti e da subito*, fin dalle prime battute del giudizio, affinché possano far parte, previa lettura, del materiale istruttorio fruibile per la decisione.

8. IL PROCEDIMENTO ACQUISITIVO DEGLI ATTI CONCORDATI

Alla fine di queste riflessioni sul valore della lettura dibattimentale degli atti inseriti nel fascicolo del dibattimento, sembra ormai chiaro l'itinerario probatorio degli atti negoziati: il loro destino procedimentale prevede che l'annessione al fascicolo del dibattimento non sia subordinata a controlli di ammissibilità probatoria dell'atto stesso. Una volta entrati, questi materiali investigativi sono destinati, non diversamente da quelli che fanno parte del contenuto necessario del *dossier*, ad essere letti o indicati dal giudice.

Una qualsiasi delle parti può, poi, richiederne la lettura effettiva. Non importa che l'atto sia stato acquisito col suo consenso: l'assenso non implica una rinuncia preventiva a pretendere la lettura pubblica del verbale, «poiché l'interesse disponibile non è il medesimo: anche se questo è ciò che normalmente dovrebbe accadere, essendo di fatto superfluo il contraddittorio sul contenuto delle dichiarazioni oggetto dell'accordo e non contestate»¹³⁶.

Si può pensare al caso in cui una parte, interessata a recuperare deposizioni 'registrate' durante le indagini, in parte a sé favorevoli, abbia ciò nondimeno bisogno di poterne contestare determinati passaggi. Pertanto, nelle due ipotesi previste dall'art. 511 comma 5, terzo e quarto periodo (cioè se si tratta di atti dichiarativi o dal contenuto contro-

¹³⁴ L'«ordine onnicomprensivo» prevale sull'«ordine selettivo» (S. BUZZELLI, *Lecture*, cit., p. 31).

¹³⁵ Relazione al progetto preliminare, Leggila in G. CONSO - V. GREVI - G. NEPI MODONA, *Il nuovo codice*, cit., vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, cit., p. 1153.

¹³⁶ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 91.

verso), un eventuale diniego di lettura resta, come per tutti gli atti presenti nel fascicolo processuale, causa di nullità a regime intermedio.

Nel nuovo modulo ‘negoziale’ manca dunque un controllo preventivo di rilevanza e legalità dell’atto probatorio. Il fatto che il legislatore non abbia subordinato gli effetti della fattispecie ad un vaglio giudiziale di ammissibilità probatoria è testimoniato anche dalla genesi dell’istituto. Si è detto come originariamente, in una primitiva versione del testo normativo, i patti sul fascicolo fossero stati pensati nell’ambito di una riconfigurazione dell’udienza preliminare in ‘predibattimentale’. Ebbene, in quell’udienza le richieste di prova e la pronuncia dell’ordinanza di ammissione delle prove, erano collocate in un momento (non solo distinto ma, soprattutto) anteriore rispetto al momento del confezionamento del *dossier* e degli accordi acquisitivi¹³⁷: ciò testimonia che il provvedimento attraverso il quale il giudice dà atto degli eventuali accordi acquisitivi ponendovi concreta esecuzione, è successivo e distinto dal provvedimento mediante il quale si ammettono le prove richieste dalle parti ai sensi dell’art. 190¹³⁸.

Il regime delle letture fin qui descritto rivela, visto oggi, una singolare eterogenesi dei fini: il binario veloce dedicato agli atti irripetibili, destinati *senz'altro* a far parte del corredo istruttorio del giudice, segnala un qualche retaggio inquisitorio. In astratto, sarebbe stato ben possibile al legislatore del 1988 stabilire la leggibilità degli atti irripetibili o divenuti tali e assegnare poi la selezione degli atti da leggere alle parti, secondo le considerazioni di ciascuno in ordine al contenuto probatorio concreto di ogni singolo atto. A tale scelta tecnica del codice Vassalli non è estraneo, come si è osservato nel paragrafo precedente, una sorta di affidamento del legislatore sulla rilevanza degli atti delle indagini preliminari compiute dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria.

¹³⁷ Nel fascicolo dibattimentale sarebbero state allegate, tra l’altro, «le ordinanze di ammissione delle prove» già emanate.

¹³⁸ Questa la scansione temporale: decreto di fissazione del giudizio e ordinanza di ammissione delle prove, con citazione dei testi ammessi (art. 433) formazione del fascicolo nel contraddittorio delle parti (art. 433-*bis*), con eventuale inserimento di atti, su autorizzazione del giudice, a seguito di richiesta o consenso del difensore dell’imputato. La serie procedimentale spiega anche perché in quella versione, nella quale, a differenza dell’attuale, l’intervento del giudice è elemento della fattispecie acquisitiva, quest’ultimo fosse configurato in termini di «autorizzazione», formula sconosciuta all’ordinaria configurazione dei rapporti giudice-parti in ordine all’ammissione probatoria. Questo dato concorre ad argomentare la conclusione secondo cui, anche nella logica ispiratrice dell’istituto, le valutazioni sottese a quell’autorizzazione non fossero sovrapponibili a quelle proprie del provvedimento di ammissione delle prove.

Ma ecco che, quando in questo canale acquisitivo semplificato i novellatori del 1999 fanno confluire anche atti non irripetibili ma (soltanto) oggetto di accordo tra i contendenti, questa innovazione caratterizza in senso fortemente *adversary* il principio della doppia fascicolazione: un atto d'indagine diventa prova, in virtù di un'apposita convenzione tra le parti, senza passare attraverso quel controllo ammissivo al quale invece non potrebbe mai scampare la richiesta, unilaterale, della corrispondente prova dibattimentale.

A questo sistema potrebbe obiettarsi che l'incremento delle possibili annessioni di atti a contenuto dichiarativo al fascicolo ufficiale, consentito dalla novella per finalità di economia processuale, finisce paradossalmente per aumentare il rischio di un allungamento di tempi dibattimentali in conseguenza delle maggiori letture (ipotizziamo che la parte le pretenda effettive).

Il rischio di abuso dello strumento della lettura a fini ostruzionistici, che ha indotto il legislatore del 1988 a coniare l'istituto della 'indicazione di utilizzabilità' quale surrogato della lettura effettiva, risultava relativamente modesto nella disciplina originaria del codice, ove erano rarissimi gli atti dichiarativi presenti nel *dossier* processuale¹³⁹. Oggi che le parti possono convenire l'inserimento di qualsiasi atto, il rischio astratto di *overuse* è più alto: richieste animate da intenti dilatori, in presenza di una gran mole di atti, potrebbero sabotare il processo inchiodandolo a letture-fiume, fino alla prescrizione del reato.

Il sistema sembra avere tuttavia il suo antidoto: la possibile incidenza negativa di questi accordi sul possibile lavoro dibattimentale esige che il pubblico ministero ponderi attentamente il consenso all'acquisizione di atti; prestando il proprio assenso all'ingresso di atti utili, anche lunghi da leggere o numerosi, assicura comunque al processo un risparmio sui tempi che sarebbero stati necessari a formare oralmente la prova; il suo consenso ad atti inutili espone invece l'istruzione dibattimentale al pericolo di uno sterile e dunque dannoso superlavoro.

¹³⁹ Ma non manca chi afferma che per i verbali dell'incidente probatorio la lettura non abbia effetto acquisitivo (F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 979).

PARTE TERZA

CAPITOLO V

TEMPI DEGLI ACCORDI

SOMMARIO: 1. Premessa. I confini temporali delle iniziative istruttorie. – 2. Profili controvertibili. – 3. Una proposta interpretativa. – 4. Conclusione: gli accordi non sono possibili oltre gli atti introduttivi. – 5. Accordi acquisitivi in sede di esame testimoniale. – 6. Accordi acquisitivi nel giudizio d'appello.

1. PREMESSA. I CONFINI TEMPORALI DELLE INIZIATIVE ISTRUTTORIE

Nelle analisi dottrinali risulta incerta la tempistica degli accordi sul fascicolo nel corso della fase dibattimentale: era immaginabile, considerando, per un verso, l'assenza di una precisa presa di posizione normativa e, per altro verso, la collocazione della fattispecie negoziale all'interno dell'art. 493.

Facilmente individuabile è solo il termine *iniziale* per le stipulazioni sul fascicolo, ossia quello del confezionamento del *dossier* ufficiale nell'udienza preliminare o nell'udienza *ad hoc* (art. 431 comma 1) mentre, successivamente a tale momento, la tempistica risulta controversa. Qualcuno intravede un ulteriore spazio per la conclusione di accordi probatori all'interno della sotto-fase delle questioni preliminari al dibattimento, ma non pare una prospettiva meritevole di accoglimento, poiché si introdurrebbe, in assenza di un espresso riferimento normativo, un appesantimento della fase delle questioni preliminari, che dovrebbe essere snella e veloce, introducendovi incombenti che sono ben possibili poco oltre, una volta che sia stato dichiarato aperto il dibattimento.

Al più ci si può chiedere se in sede di questioni sul contenuto del fascicolo possano esser messi in discussione i *risultati* di accordi già conclusi in udienza preliminare.

A rigore le 'questioni' sulla consistenza dell'incartamento processuale di cui parla il secondo comma dell'art. 491 potrebbero oggi riguar-

dare non più soltanto il suo contenuto necessario, descritto dall'art. 431 comma 1, ma anche il suo ulteriore contenuto 'eventuale'. Si ravvisano due tipi di problematiche che potrebbero essere poste al giudice dibattimentale *in limine litis*.

In primo luogo, è possibile che una delle parti contesti la corrispondenza tra l'oggetto dell'accordo istruttorio e l'atto investigativo fisicamente trasferito all'interno del fascicolo processuale: una inesatta esecuzione dell'accordo, si potrebbe dire.

In secondo luogo sono pensabili questioni dirette allo 'scioglimento' del patto, nella misura in cui questo sia giuridicamente configurabile¹.

In entrambi i casi, un'interpretazione giudiziosa dell'art. 491 comma 2 dovrebbe suggerire l'opportunità di consentire che simili problemi vengano posti e sciolti il più tempestivamente possibile: nel primo caso, la risoluzione della *quaestio* potrebbe svelare l'illegittima allegazione di un atto d'indagine che è bene espellere il prima possibile dalle carte processuali per minimizzare il rischio di inquinamento psicologico del giudice; nel secondo caso, un mutuo dissenso delle parti circa l'oggetto di un precedente accordo rende priva di giustificazione l'avvenuta allegazione dell'atto, che per lo stesso motivo è bene che torni al più presto all'interno del fascicolo investigativo.

Risulta decisamente poco chiaro, invece, il termine *finale* per accordarsi sul contenuto del fascicolo. La maggior parte della dottrina, sulla base della topografia normativa, assimila gli accordi dibattimentali sul fascicolo alle «richieste di prova» (art. 493 comma 1): i patti acquisitivi, quali particolari articolazioni del potere istruttorio delle parti, seguirebbero così le stesse scadenze temporali.

Senonché, proprio a causa della varietà delle esegesi maturate intorno alla disciplina normativa di cui all'art. 493, accade che alcuni interpreti, sulla base dell'accennata assimilazione, ritengono praticabili gli accordi *de quibus* fino alla fine dell'istruzione², mentre altri, pur partendo dalla medesima premessa, ravvisano nella pronuncia dell'ordinanza di cui all'art. 495, il termine ultimo: oltrepassata quella soglia non sarebbero più possibili acquisizioni concordate, se non quelle

¹ Eventualità che, tuttavia, sembra da escludere: *retro*, cap. III § 5.2). In argomento v. S. BUZZELLI, *Fascicolo dibattimentale "negoziato"*, cit., p. 396; G. CIANI, *In dibattimento*, cit., p. 67.

² G.L. FANULI, *Inutilizzabilità e nullità della prova*, cit., p. 93; R. DEL COCO, *Disponibilità della prova*, cit., p. 136; A. SCAGLIONE, *Dichiarazioni procedimentali*, cit., p. 64.

espressamente previste in sede di esame testimoniale dall'art. 500 comma 7³. Non manca, infine, chi ritiene – ma prescindendo dall'assimilazione alle 'richieste di prova' – che gli accordi non siano soggetti ad alcuna preclusione temporale, essendo liberamente praticabili lungo l'intero corso dell'istruzione, in quanto ispirate a logiche di semplificazione ed abbreviazione dei tempi processuali⁴.

Orbene se è vero che l'individuazione della tempistica delle acquisizioni concordate non può prescindere dalla considerazione dei tempi impressi dal codice alle iniziative istruttorie di parte⁵, pur tuttavia le conclusioni sinora tratte da questo raffronto non sembrano appaganti.

L'assunto secondo cui le parti possono accordarsi sul contenuto del fascicolo in ogni momento dell'istruzione, è spesso ispirato ad una concezione elastica delle cadenze dell'istruzione dibattimentale. La premessa è che l'art. 493, nel collocare temporalmente le 'richieste di prova', non fissa uno sbarramento da rispettare a pena di decadenza: la disposizione non commina alcuna sanzione, mentre le decadenze sono espresse e tassative (art. 173 comma 1)⁶; del resto – si aggiunge – il legislatore non avrebbe lasciato all'interprete l'individuazione di una regola così importante⁷. Secondo questa ricostruzione, l'unico termine che nel procedimento probatorio viene sanzionato (con la 'decadenza' dal diritto alla prova) è quello relativo alla *discovery* preventiva prevista per alcuni tipi di prova (art. 468). La mancata indicazione in lista di un mezzo di prova è sanzionata infatti con l'inammissibilità della successiva richiesta istruttoria⁸. Per queste prove è infatti obbligatoria sia

³ S. BUZZELLI, *Fascicolo dibattimentale "negoziato"*, cit., p. 396; A. BARAZZETTA, *Gli snodi processuali*, cit., p. 565; A. SCILLA, *La formazione in contraddittorio*, cit., p. 439; M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 234; L. MARAFIOTI, *Prova negoziata*, cit., p. 2946; F.M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., p. 172 ritiene che la conclusione sia inevitabile per la necessità di un'interpretazione restrittiva della disciplina sugli accordi anche riguardo alla tempistica.

⁴ G.M. BACCARI - C. CONTI, *Una nuova espressione*, cit., p. 883; G. CIANI, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 579; A. NAPOLI, *Osservazioni sull'istituto*, cit., p. 1200; P. MOSCARINI, sub *Art. 493*, cit., p. 6321; L. GRILLI, *Il dibattimento penale*, cit., p. 211.

⁵ Del resto la previsione degli accordi dibattimentali è inserita *all'interno* della disposizione dedicata alle 'richieste di prova'.

⁶ G.L. FANULI, *Inutilizzabilità e nullità*, cit., p. 93; C. VALENTINI, *I poteri del giudice*, cit., 2004, p. 128 (per la quale «sarebbe sufficiente ed anzi *tranchant* l'osservazione per cui» ravvisare nell'art. 493 uno sbarramento temporale «significa porre in dubbio l'indiscusso canone che lega l'inammissibilità delle istanze di parte ad una espresa previsione in tal senso»).

⁷ G.L. FANULI, *Inutilizzabilità e nullità*, cit., p. 93.

⁸ La sanzione non è 'oggettiva' ma 'soggettiva': G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 77.

l'indicazione in lista entro sette giorni dal dibattimento, sia la richiesta d'ammissione *in limine litis*.

La parte dovrebbe essere, insomma, due volte tempestiva: nel preannunciare la prova in predibattimento e poi nel richiederne l'ammissione. Del resto, per le prove di lista non sarebbe possibile ipotizzare una soluzione diversa (ovvero obbligo di preavviso entro sette giorni ma richiesta possibile *ad libitum*) poiché in quel caso occorrerebbe rassegnarsi alla sconcertante conclusione che, preannunciata la prova nei termini di legge, il contendente possa richiederne l'ammissione se e quando gli aggrada.

Il contendente che non ha indicato una prova 'di lista' e/o non l'ha richiesto dopo l'esposizione introduttiva, potrà guadagnarne l'ammissione solo attraverso la sollecitazione del giudice ad esercitare il *proprio* potere probatorio *ex art. 507*⁹; il giudice sarà tenuto ad ammettere la prova quando essa risulti 'assolutamente necessaria'¹⁰.

La perdita, per la parte sanzionata, consisterebbe nel fatto che essa: *a)* deve sottomettersi ad un controllo preventivo di rilevanza della prova, che altrimenti al giudice non spetterebbe, in virtù della presunzione di ammissibilità delle prove richieste dalle parti di cui all'art. 190 comma 1; *b)* non ha più diritto ad una risposta immediata, poiché il giudice potrà riservarsi di decidere sull'istanza a fine istruzione, e dunque la parte non potrà collocare l'escussione all'interno del proprio "caso" nel modo che ritiene più conveniente¹¹ e rischia di essere spiazzata da un successivo diniego della richiesta di prova¹².

Questa (drammatica) perdita può essere evitata dalla parte qualora

⁹ L'assunzione della prova assolutamente necessaria può ben essere sollecitata dalla parte (l'art. 507 prevede un'integrazione possibile *anche* d'ufficio, e l'art. 151 comma 1 disp. att. contempla espressamente l'ipotesi: v. G. ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione*, cit., p. 77). Una facoltà di «supplica» per P. FERRUA, *I poteri probatori*, cit., p. 13.

¹⁰ Ciò che la perde in ogni caso è la possibilità di ricorrere per cassazione contro il diniego *ex art. 606* comma 1 lett. *c*).

¹¹ È importante la gestione del proprio caso (G. FRIGO, sub *Art. 496 c.p.p.*, cit., p. 432).

¹² La regola che impone al giudice di decidere immediatamente a fronte di tali richieste vale anche a consentire alle parti di articolare nel modo migliore le proprie iniziative: «in un sistema in cui la prova è ammessa prevalentemente su richiesta di parte, è indispensabile che la decisione del giudice sia immediata, così da consentire gli eventuali conseguenti adattamenti delle impostazioni di accusa e difesa» (A. NAPPI, *Il diritto alla prova*, cit., p. 99). Anche la giurisprudenza ha avuto modo di affermare, relativamente ad un giudizio d'appello, che «a fronte di una serie di specifiche richieste probatorie della difesa, il giudice aveva l'obbligo di pronunciarsi, posto che nei confronti di un'ordinanza reiettiva di dette istanze la difesa avrebbe potuto proporre ulte-

essa dimostri che la violazione dell'obbligo di *discovery* non fosse evitabile, o che comunque il ritardo non derivi da negligenza o calcoli sleali. All'uopo potrebbe sfruttare il congegno restitutorio previsto dall'art. 493 comma 2¹³: questa disposizione viene infatti ritenuta applicabile ad ogni richiesta non preavvisata nella lista, sia essa formulata *in limine litis* o in corso d'istruzione; sia in relazione alle prove che siano materialmente sopravvenute o tardivamente conosciute, sia a quelle che siano diventate rilevanti solo all'esito dell'assunzione di altre prove¹⁴. In ciascuno di questi casi, se la sopravvenienza giustifica la mancata *disclosure*, non vi sarebbe ragione per cui la parte debba essere 'punita' attraverso la perdita del proprio diritto all'ammissione della prova.

Quanto, poi, alle richieste non assoggettate ad obblighi di 'preavviso', esse potrebbero essere liberamente intraprese in qualsiasi momento, in assenza di previsioni sanzionatorie espresse. La conclusione è diffusamente sostenuta in relazione ai documenti¹⁵ ma – una volta

riori mezzi istruttori» (Cass., Sez. II, 7 maggio 1996, Rizzato, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1490, con nota di F. Rossi, *Poteri del giudice*, cit.).

¹³ «È ammessa l'acquisizione di prove non comprese nella lista prevista dall'art. 468 quando la parte che le richiede dimostra di non averle potute indicare tempestivamente».

¹⁴ Secondo una ricostruzione parzialmente diversa (G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 80, nota 21) il diritto si conserva intatto, senza necessità di provare la scusabilità del ritardo, per i mezzi che per natura possono essere chiesti soltanto all'esito di altre escussioni, come il confronto, e quelli la cui utilità emerga solo durante l'istruzione; qualcuno vi ricomprende anche riconoscizioni ed esperimenti giudiziali, la cui rilevanza sarebbe sempre relativa ad una prova già acquisita: si tratterebbe di «mezzi di riscontro della prova» (A. CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, cit., p. 207). Per tutte le altre prove non richieste nei termini, sopravvenute o conosciute tardi, o trascurate per negligenza, alla parte non resterebbe che la prospettiva di un intervento officioso *ex art.* 507.

¹⁵ Per la verità l'unico riscontro giurisprudenziale risulta in Cass., Sez. II, 22 novembre 1994, Seminara, in *Cass. pen.*, 1996, p. 844 secondo cui la preclusione è limitata alle prove 'di lista'. Si tratta di una affermazione opinabile, che tra l'altro la Corte avrebbe potuto risparmiarsi: nella specie, l'acquisizione documentale della quale ci si doleva era stata disposta *ex art.* 507, pertanto sarebbe stato sufficiente dire che la parte perde il diritto all'ammissione ma conserva un'aspettativa rispetto all'acquisizione officiosa. L'assunto contrario è propugnato da Trib. Milano, 25 maggio 1994, Petrignani, *ivi*, 1994, p. 3129, con nota di N. LIBERINI, *L'onere di produrre documenti*, cit., e neppure nella giurisprudenza di legittimità mancano pronunce in cui, anche implicitamente, si riconosce nell'esaurimento degli atti introduttivi il termine ultimo per esercitare il diritto alla prova (*ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 4 luglio 1995, Zadnich, *ivi*, 1996, p. 2980). Nella giurisprudenza costituzionale non si ravvisano prese di posizione: in un precedente spesso invocato (Corte cost., 6 luglio 1994 n. 301, *ivi*, 1995, p. 19, che richiama Corte cost., 28 aprile 1992, n. 203, *ivi*, 1992, p. 2314) la Consultasi limita, in realtà, a ritenere costituzionalmente legittimo il regime che esonera le produzioni do-

che si accolga la premessa secondo cui il termine di cui all'art. 493 è di carattere ordinatorio – sembra che alla medesima conclusione dovrebbe giungersi per qualsiasi prova diversa da quelle contemplate nell'art. 468: l'esame delle parti, le ricognizioni, i confronti, gli esperimenti giudiziali¹⁶, le sentenze irrevocabili, i verbali di altri procedimenti¹⁷, oltre che per qualsiasi prova contraria¹⁸. Quale che sia il momento della richiesta, la parte avrebbe, rispetto all'ammissione, gli stessi diritti che avrebbe avuto se avesse formulato la richiesta *in limine litis*¹⁹.

In base alla ricostruzione ora descritta, si deduce che gli accordi sul contenuto del fascicolo – come ogni altra iniziativa non assoggettata ad obblighi di preavviso – possono essere praticati lungo tutta l'istruzione fino al suo esaurimento.

Orbene, prima di analizzare la conclusione finale – secondo la quale gli accordi sono stipulabili in ogni momento dell'istruzione – va rilevato come il ragionamento è assai opinabile nelle premesse. Su due assunti, in particolare, è possibile formulare qualche rilievo: il primo è quello per cui le prove contemplate nell'art. 468 possano essere richieste in qualsiasi momento dell'istruzione se la parte dimostri di non aver potuto chiederle a tempo debito; l'altra affermazione discutibile è quella secondo cui qualsiasi prova non soggetta a *discovery* può esser richiesta ed ammessa senza limiti di tempo.

cumentali dall'obbligo di indicazione in lista, senza pronunciarsi in ordine alle richieste di ammissione di documenti formulate ad istruzione iniziata.

¹⁶ C. VALENTINI, *I poteri del giudice dibattimentale*, cit., p. 182, osserva come nei sistemi d'oltreoceano lo schieramento iniziale delle prove tutela le parti da iniziative 'a sorpresa', che da noi non sono inconfigurabili, data la preventiva *discovery* dei risultati investigativi; inoltre, l'A. contesta il nesso tra lo sbarramento in parola e lo stile accusatorio, richiamando (p. 132) la lettura fornita da M. DAMAŠKA, *Il diritto delle prove*, cit., p. 90, secondo il quale nei sistemi di *common law* la regola risponde – più che al *fair trial* – alle esigenze di concentrazione proprie del processo con giuria, nel quale serve poter programmare opportunamente le convocazioni dei *jurors*; è per questo motivo che si sanzionano con la decadenza i termini per le richieste istruttorie.

¹⁷ La produzione in giudizio di tali mezzi è bensì soggetta a *discovery* ma non a pena di inammissibilità (il comma 4-bis dell'art. 468, che prevede la loro indicazione è fuori dalla comminatoria di cui al primo comma), salvo a ritenere che quando una parte annuncia la produzione di un verbale d'altro processo e poi non ne chiedi l'ammissione ex art. 493 rinunci implicitamente alla prova.

¹⁸ Le controprove, svincolate dagli obblighi di lista dall'art. 468 comma 4, sono ritenute possibili in ogni momento (G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 78; G. BONETTO, sub *Art. 468*, cit., p. 45).

¹⁹ Ritene che le prove non contemplate dall'art. 468 siano ammissibili senza limiti temporali C. VALENTINI, *I poteri del giudice dibattimentale*, cit., p. 130.

2. PROFILI CONTROVERTIBILI

Cominciamo dall'affermazione secondo cui i mezzi non contemplati dall'art. 468 possono essere richiesti *ad libitum* durante tutta l'istruzione: essa si basa sul presupposto che l'*unico* autentico onere che il codice impone ai contendenti nella selezione delle prove sia quello relativo all'indicazione nelle liste predibattimentali.

Non è esatto: il legislatore, al contrario, non soltanto vuole che certe iniziative istruttorie vengano 'preavvisate' alle altre parti ed al giudice, ma vuole anche che ogni contendente schieri *in limine litis* tutti i mezzi di cui intende servirsi per supportare la propria ricostruzione dei fatti, cosicché «dopo l'ultimo espositore (il difensore dell'imputato) esist[a] un quadro compiuto dei rispettivi disegni»²⁰.

Altrettanto opinabile appare l'assunto secondo cui le prove 'di lista' possano essere richieste in ogni momento dell'istruzione, se il ritardo è scusabile, ai sensi dell'art. 493 comma 2. In realtà, il meccanismo di restituzione in termini previsto da questa disposizione non serve a legittimare le richieste presentate *nel corso dell'istruzione*. Fosse così, ogni istanza 'scusabile' imporrebbe al giudice di instaurare immediatamente un incidente (come avviene quando una parte eccepisce l'inammissibilità della prova ammessa: art. 495 comma 4) con rischio di disfunzioni ed abusi.

Quanto alle diseconomie, si noti che: *a*) ogni incidente interrompe la continuità delle attività istruttorie e diluisce la concentrazione del dibattimento; *b*) qualsiasi nuova deduzione probatoria impone la reintroduzione di tutte le parti nella facoltà di chiedere nuove prove per controdedurre; *c*) la prova accordata *in itinere* alla parte tardiva può disturbare l'ordinato svolgimento dell'istruzione, potendo essere difficilmente collocabile nelle dinamiche dell'*ordo probatorium*²¹. Quanto ai possibili abusi, è evidente che l'effetto perturbante potrebbe essere frutto di una precisa tecnica dilatoria²².

Inoltre, non convince l'applicazione analogica del meccanismo di cui all'art. 493 comma 2.

In relazione alle prove divenute rilevanti in corso di causa, l'onere di provare la scusabilità del ritardo sembra esoso: un aggravamento dell'esercizio del potere istruttorio della parte – la dimostrazione dell'impossibilità dell'esatto adempimento – è giustificato solo nei casi

²⁰ F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, cit., p. 563.

²¹ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 67.

²² T. RAFARACI, *La prova contraria*, cit., p. 204.

in cui all'adempimento concretamente mancato fosse astrattamente possibile ottemperare, mentre in queste ipotesi il rispetto del termine è ontologicamente impossibile e dunque inesigibile²³.

Quanto poi alle prove sopravvenute o conosciute tardivamente²⁴, la disposizione imporrebbe una prova *diabolica*: chi intenda beneficiarne dovrebbe dimostrare non solo che l'elemento probatorio è venuto alla luce quando già era spirato il termine per il deposito delle liste, ma anche che la richiesta è stata fatta alla prima occasione utile; in caso contrario, nulla garantirebbe che la parte, venuta già da tempo a conoscenza della prova, l'abbia tenuta nel cassetto fino all'ultimo istante, per aumentare l'effetto spiazzante della sorpresa²⁵.

Infine, manca (in entrambe le situazioni: prove 'dimenticate' e prove 'nuove') il presupposto per la praticabilità dell'interpretazione analogica, ossia la lacuna normativa: i casi non sono affatto privi di disciplina, ma risultano al contrario compresi nell'ambito operativo della disposizione di cui all'art. 507, la quale si riferisce anche ad acquisizioni stimulate da una richiesta di parte, ponendo l'unica condizione che esse siano nuove nel senso di diverse da quelle già escuse²⁶.

In realtà, il congegno di cui all'art. 493 comma 2, che consente la produzione della prova direttamente *in limine litis*, senza il dovuto preavviso, è soggetto, a sua volta, ad un termine. Del resto, la disposi-

²³ P.P. PAULESU, *Giudice e parti nella dialettica*, cit., p. 169, secondo il quale l'onere aggiuntivo sarebbe ingiustificato perché nei casi in parola non c'è un 'inadempimento'.

²⁴ Qui l'onere sarebbe giustificato, poiché il ritardo potrebbe mascherare una negligenza.

²⁵ La norma sembra sovrapponibile all'art. 184-bis c.p.c. («la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice istruttore di essere rimessa in termini») che restituisce la parte nel termine per le deduzioni istruttorie di cui all'art. 184 c.p.c. Essa mal si presta ad essere applicata ad ogni istanza istruttoria formulata nel corso del dibattimento. In dottrina si è osservato che pretendere la prova dell'impossibilità sarebbe un «rigorismo gratuito» (F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, cit., p. 134). Non serve dimostrare una forza maggiore né un caso fortuito, ma basta un contesto di difficile esercizio (in giurisprudenza v. da ultimo Cass., Sez. III, 15 gennaio 2004, Sevà, in *C.E.D. Cass.*, n. 227442).

²⁶ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 79. Non è da poco l'apertura ad un diritto all'ammissione delle prove *noviter repertae*; si considerino le conseguenze di una simile lettura alla luce dell'ampia possibilità di svolgimento di indagini 'integrative' da parte del p.m. come della difesa (a seguito della novella sulle indagini difensive di cui alla l. 7 dicembre 2000, n. 397) che la giurisprudenza ammette anche in momenti successivi all'esaurimento della fase delle richieste di prova (Cass., Sez. I, 19 settembre 1995, Guarneri, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1233: la sopravvenienza dell'elemento probatorio dedotto in corso d'istruzione potrebbe dipendere da una attività investigativa di parte svolta durante il dibattimento).

zione in parola non è altro che un'ipotesi speciale, non collegata alla forza maggiore né al fortuito, dell'istituto contemplato dall'art. 175, e rientra nella logica della restituzione in termini il non essere invocabile *ad libitum* ²⁷.

Dietro la ricostruzione secondo cui solo le trasgressioni all'obbligo di *discovery* anticipata sono processualmente sanzionate ²⁸, mentre la violazione del termine per le «richieste di prova» non pregiudica per nulla le prerogative della parte, c'è una duplice idea: che l'art. 468 sia posto a garanzia del valore, fondamentale, della correttezza del contraddittorio probatorio, e che l'art. 493 sia preordinato ad esigenze, sempre derogabili, di mera organizzazione del processo.

Pare invece che queste due disposizioni compongano un sistema 'integrato', posto dal legislatore a tutelare – in un'istruzione sostanzialmente posta nelle mani delle parti – sia la lealtà del confronto, sia l'uso razionale dei tempi. Ciascuna di esse persegue, infatti, sia l'uno che l'altro fine.

Lo *schieramento iniziale delle prove* agevola l'organizzazione dibattimentale, consentendo l'impiego razionale dei tempi: una volta che i contendenti abbiano effettuato tutte le loro richieste, il giudice può meglio, e più facilmente, delibarne l'ammissibilità valutandole insieme e complessivamente ²⁹. La concentrazione delle istanze probatorie consente inoltre di programmare l'istruzione, alla luce della consistenza delle richieste delle parti.

Al contrario, le richieste a singhiozzo provocherebbero la continua frammentazione del flusso delle escussioni, costringendo ciascuna all'instaurazione di un incidente volto all'ammissione della prova, con

²⁷ Mentre nella norma generale il termine è espresso (dieci giorni), qui si ricava dalla collocazione della disposizione (Cass., Sez. I, 14 maggio 1992, Primerano, in *C.E.D. Cass.*, n. 190720). Il caso tipico è quello del difensore incaricato dall'imputato sprovveduto solamente alla vigilia del dibattimento (E. FASSONE, *Il giudizio*, cit., p. 334). L'impressione che il congegno sia difficilmente adattabile ad ogni richiesta formulata nel corso del dibattimento è comprovata dalla lettura fornita dalla giurisprudenza alla disposizione di cui all'art. 493 comma 2, che in quei casi interpreta la stessa in modo tanto poco rigoroso da svuotarla di qualsiasi significato (non occorre provare l'impossibilità; basta una situazione di difficile esercizio; la valutazione del giudice è incensurabile: Cass., Sez. II, 3 dicembre 1993, Faccin, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1550).

²⁸ Con l'inammissibilità della successiva richiesta istruttoria, salvo che la parte si sottragga alla sanzione dimostrando la scusabilità della violazione.

²⁹ Del resto, la ragione per cui il processo si articola in una sequela di attività ordinate in fasi e sotto-fasi sta appunto nel fatto che «raggruppare le questioni e affrontarle per aree di omogeneità» consente «un miglior impiego di tempi ed energie»: R. ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit., p. 21.

prevedibili eccezioni delle parti controinteressate, alla delibazione delle richieste di controprova, senza contare che, per queste ultime, le parti avrebbero titolo a pretendere un termine a difesa.

Tuttavia lo schieramento iniziale delle prove – di tutte, anche di quelle non soggette a preavviso – risponde, nondimeno, alla legge del contraddittorio. Esso è infatti funzionale al corretto svolgimento della dialettica tra i contendenti, ossia all'«etica del confronto»³⁰: siccome «un sistema processuale che attribuisce la facoltà di formare la prova in via principale alle parti, finisce col rendere le attività di queste ultime strettamente interdipendenti e tali da condizionarsi reciprocamente»³¹, è opportuno che le richieste di ciascuno possano essere calibrate in base alle iniziative avversarie³².

La tutela contro le mosse a sorpresa garantisce ad ogni parte la piena esplicazione delle proprie prerogative e al tempo stesso è funzionale al miglior 'rendimento' della contesa in termini di informazione del giudice. Il gioco a 'carte scoperte' non è soltanto un bisogno delle parti, ma anche un'esigenza del processo: la piena efficacia di un metodo d'accertamento processuale che sfrutta le possibilità conoscitive offerte dallo scontro tra posizioni esige che a ciascun contendente sia consentito di sostenere la propria tesi nelle migliori condizioni possibili³³.

Quanto al *deposito anticipato delle liste testimoniali*, se è vero che l'anticipata conoscenza dell'arsenale probatorio dell'avversario agevola la parte nel contrattacco, è pur vero che la scoperta delle carte potrebbe essere imposta anche senza prevedere liste: sarebbe sufficiente imporre a tutte le parti di formulare le richieste di prova entro gli atti

³⁰ L'espressione è di F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti*, cit., p. 286, che la riferisce, ma senza molta convinzione, all'obbligo di deposito della lista.

³¹ È ancora R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti*, cit., p. 19.

³² Si è rilevato come il termine ultimo per articolare le richieste di prova ad opera di ciascuna parte non coincida con l'esaurimento della propria esposizione introduttiva, ma con l'emissione dell'ordinanza di ammissione delle prove, visto che ognuno anche dopo il proprio turno, può formulare richieste ulteriori, alla luce delle iniziative altrui (G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 79).

E non si tratta solo della tutela del diritto a replicare rispetto alle asserzioni ed alle allegazioni istruttorie avversarie, ma anche della possibilità di misurare le *chances* della propria linea difensiva.

³³ Chi ravvisa nell'art. 493 un preambolo che serve al giudice per ottenere le informazioni necessarie a valutare l'ammissibilità delle richieste istruttorie delle parti, *sub specie* di rilevanza e utilità (N. LIBERINI, *L'onere di produrre documenti*, cit., p. 3132) considera solo una parte del contenuto normativo della disposizione in parola, che nel disciplinare le esposizioni introduttive prevede pure il contingentamento delle richieste di prova.

introduttivi, e riconoscere poi ad ognuno il pieno diritto alla replica. Senonché, se ogni prova potesse essere prodotta senza alcun preavviso sarebbe scontato un rinvio del dibattimento: per ottenere la presenza del teste, per consentire alle controparti di prepararsi al controesame, per dedurre prove contrarie.

Sembra allora che l'art. 468, più che tutelare immediatamente la correttezza della contesa, coniughi le esigenze del contraddittorio con il principio di concentrazione. L'anticipazione della *discovery* minimizza infatti il rischio che le esigenze della dialettica probatoria siano d'intralcio alla speditezza del processo, provocando un'eccessiva diluizione e frammentazione delle escussioni³⁴.

Non a caso l'adempimento è previsto per le sole prove orali³⁵, per le quali occorre garantire ai controinteressati il tempo necessario per preparare il controesame e articolare la controprova, mentre per i documenti si considera che: a) l'avversario non deve prepararsi al controesame; b) solo eccezionalmente a confutazione di una prova documentale si chiede l'ammissione di una prova *constituenda*³⁶.

Il ragionamento è opinabile – sia perché anche una controproduzione documentale può richiedere un certo tempo³⁷, sia perché nulla esclude che si debba contrastare un documento con una prova persona-

³⁴ Si è voluto così garantire al massimo la *concentrazione* del dibattimento, che negli auspici del legislatore del 1988 avrebbe dovuto addirittura esaurirsi in un'unica udienza, secondo il modello ideale del *one day trial* (M. DAMAŠKA, *I volti della giustizia*, cit., p. 223).

Per il resto, sono dominanti le esigenze organizzative: la parte richiedente può procurarsi uno strumento coercitivo per la adduzione in giudizio del testimone, ove sia richiesta l'autorizzazione alla citazione, il presidente può già programmare l'istruttoria, prevedendo la citazione scaglionata delle fonti di prova personali «nel caso di processi destinati a non esaurirsi in un'unica udienza per la loro obiettiva complessità e/o per il numero di soggetti (imputati, testimoni, periti, ecc.) coinvolti» (G. CIANI, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 573). D'altra parte, se le liste servissero alla *discovery* esse servirebbero molto più al p.m. che all'imputato, perché quest'ultimo conosce tutte le indagini compiute dal p.m., mentre non è vero il contrario.

³⁵ Se si eccettua la previsione concernente i verbali di altri procedimenti, frutto di un'interpolazione normativa ispirata ad una logica del tutto singolare ed eccentrica rispetto alla *ratio* dell'art. 468 (art. 7 d.l. 8 giugno 1992, n. 306).

³⁶ Di solito, rispetto ad una prova documentale si controbatte con altre produzioni documentali, acquisibili senza spendere tempi preparatori (in argomento, v. R. KOSTORIS, *Ammissione dei documenti*, cit., p. 2502).

³⁷ Il reperimento del documento potrebbe richiedere ricerche o essere detenuto da terzi (E.M. SANGUINETI, *Il giudizio*, cit., p. 414). Pare dunque assai discutibile l'impostazione seguita dalla corte costituzionale secondo cui i documenti potrebbero essere prodotti in ogni tempo, notando come l'effetto spiazzante della sorpresa possa essere scongiurato attraverso la concessione di un termine ex art. 477 comma 2.

le³⁸ – ma verosimilmente è questa la ragione che ha suggerito di non ricomprendere i documenti tra le prove soggette a preavviso.

A giustificare una possibilità di presentare «richieste di prova» durante tutta l'istruzione per le prove divenute rilevanti in corso di causa non sembra fornire un argomento neppure il richiamo all'art. 506 comma 1, che consente al presidente di indicare alle parti temi di prova nuovi o più ampi di quelli affrontati nell'esame orale di parti, testimoni o consulenti: la disposizione non implica, di per sé, una rimessione in termini delle parti per avanzare richieste di nuovi mezzi di prova sui temi posti dal giudice. Non è infatti condivisibile la tesi secondo la quale quelle sollecitazioni presidenziali costituirebbero uno strumento di integrazione (non della singola prova ma) dell'intera istruzione, per cui le parti sarebbero invitate, sui nuovi temi, a fornire qualsiasi apporto istruttorio, e all'uopo restituite in termini³⁹.

Se fosse così, sarebbero difficilmente spiegabili due profili della disciplina: a) il fatto che tali sollecitazioni siano previste solo «in ordine all'esame dei testimoni e delle parti private» e finalizzate alla «completezza dell'esame», laddove analoghe esigenze sarebbero configurabili anche in relazione ad altre prove orali o nei casi in cui nel dibattimento non abbia luogo alcun 'esame'⁴⁰; b) l'attribuzione del potere integrativo al presidente anziché all'intero collegio⁴¹.

Il dato testuale suggerisce invece un'interpretazione diversa: il

³⁸ Non condivisibile l'assunto secondo cui rispetto ai documenti non è possibile controprovare attraverso testimoni, poiché la 'controprova' deve necessariamente servirsi di un mezzo omologo a quello il cui risultato si intende contrastare (Cass., Sez. VI, 10 aprile 1995, Vincenti, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3011).

³⁹ D. MANZIONE, sub *Artt. 506-507*, cit., p. 380; S. LORUSSO, *Provvedimenti "allo stato degli atti"*, cit., 1995, p. 242; A. NAPPI, *Guida al codice*, cit., p. 333; F. PLOTINO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 233. *Contra*, F. CORDERO, *Codice di procedura penale*, cit., p. 611.

⁴⁰ Si pensi ai casi in cui le attività istruttorie si esauriscano nella lettura di verbali.

⁴¹ Né conforta la tesi il richiamo ai risultati dell'attività istruttoria già svolta, il quale va piuttosto riferito alla base gnoseologica dell'iniziativa giudiziale: esso ammonisce il giudice a intervenire solo se l'utilità del tema emerga dai risultati dell'opera svolta dalle parti e non da ricostruzioni autonomamente maturate dal giudice nel corso del dibattimento. La previsione risale all'art. 477 del progetto 1978, che, come si è visto (cap. I § 3), specificava «in base all'ordinanza di giudizio immediato e di rinvio a giudizio e in base all'elenco ad esse allegato, nonché ai risultati delle prove assunte nel dibattimento o a seguito delle letture [...] il presidente può ...». La relazione spiegava: «si è ritenuto di dover specificare da quali fonti il presidente possa ricavare i temi di prova nuovi o più ampi, ad evitare che interpretazioni restrittive di una eventuale formula generica, basandosi sul carattere eccezionale dei poteri di iniziativa probatoria del giudice, giungano a delimitare ulteriormente il campo dei poteri *ex officio*».

presidente, che colga una incompiutezza nell'escussione di una certa fonte, individua i punti sui quali sarebbe opportuno ampliare l'esame e li segnala agli interroganti, ossia suggerisce loro «possibili domande»⁴². La segnalazione mira, dunque, a rimediare alla sottoutilizzazione del potenziale probatorio di un *determinato mezzo di prova*⁴³.

Né, infine, a confortare l'idea che ad ogni emergenza dibattimentale segua la reintroduzione della fase delle «richieste di prova», vale richiamarsi all'ipotesi della modifica dell'imputazione (art. 519). Qui è evidente che le parti debbano essere reintrodotte – e immediatamente – nelle loro prerogative istruttorie con l'ampiezza e le garanzie previste dagli artt. 190 e 495⁴⁴: è come se l'istruzione riprendesse *ab ovo*. Ma questa situazione non è sovrapponibile a quella in cui, più semplicemente, le dichiarazioni dibattimentali di un testimone generino 'nuovi' bisogni istruttori. Non a caso, solo nella prima ipotesi il legislatore ha sentito il bisogno di riconoscere espressamente alla parte che lo richieda un termine a difesa, ed ha previsto che questo non possa essere inferiore al termine dilatorio per la citazione a giudizio⁴⁵.

In conclusione, la *discovery* anticipata mette le parti in condizione

⁴² F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 947. Nello stesso senso G. LOZZI, *Lezioni di procedura*, cit., p. 519, il quale nota come la norma, derogando al principio per cui il giudice *iudicare debet secundum alligata*, sia assolutamente eccezionale, sia dettata «unicamente con riferimento all'esame dei testi e delle parti private».

⁴³ Ad es.: la persona appare in grado di fornire altre informazioni rilevanti, oppure mancano dati necessari a vagliare la credibilità del dichiarante. È stato giustamente notato come la previsione realizzi un'«integrazione tra le prospettive individuali delle parti e la visione di insieme del giudice» (A. NAPPI, *Guida al codice*, cit., p. 444). In ultima analisi, la funzione delle sollecitazioni previste dall'art. 506 comma 1 sarebbe la stessa delle domande dirette cui il giudice è autorizzato dal secondo comma: cogliere pienamente i benefici della immediatezza, integrando l'escussione di un *determinato mezzo di prova*. L'intervento integrativo è «diretto» in quest'ultima ipotesi, più discreto e rispettoso delle parti nel primo caso, visto che il giudice lascia che sia la parte interessata ad esplorare i punti rimasti oscuri.

⁴⁴ La pienezza del diritto alla prova spettante alle parti è stata riconosciuta, come noto, anche dalla pronuncia che ha cancellato dalla disposizione il richiamo all'art. 507 (Corte cost., 3 giugno 1992, n. 241, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1061).

⁴⁵ Fuori da ipotesi eccezionali, non pare affatto sicuro che la sospensione del dibattimento per esigenze istruttorie sia utilizzabile per rimediare all'effetto spiazzante delle prove dedotte in corso di causa: sebbene la stessa Corte costituzionale abbia indicato la possibilità di concessione del termine a difesa per giustificare la tesi secondo cui le prove documentali sarebbero producibili *ad libitum* in ogni momento dell'istruzione, non sembra che il legislatore considerasse esigenze simili, nel dettare l'art. 477 comma 2. La disposizione ammette la sospensione del dibattimento «soltanto per ragioni di assoluta necessità e per un termine massimo che, computate tutte le dilazioni, non oltrepassi i dieci giorni».

di poter selezionare *in limine litis* ogni prova utile a dimostrare i propri assunti e contrastare quelli avversari, ma non esonera dall'onere di tempestività: non a caso l'istituto è mutuato dai procedimenti civili di *common law*, ove le iniziative istruttorie delle parti sono soggette, nel giudizio, a ferree preclusioni temporali⁴⁶.

3. UNA PROPOSTA INTERPRETATIVA

A questo punto si intravede la possibilità di una diversa ricostruzione dei tempi impressi dal codice alle iniziative istruttorie di parte. Il dibattito prende il via con lo schieramento delle prove da parte di ogni contendente. Le richieste vanno controllate dal giudice quanto alla 'legalità' dei mezzi chiesti e della loro utilità al giudizio; per l'ultimo parametro si tratta di una verifica a maglie larghissime: si presumono utili tutte le prove richieste⁴⁷. Così filtrato, l'arsenale schierato dalle parti nelle loro esposizioni introduttive predetermina i contenuti della futura istruttoria dibattimentale.

Gli agonisti ne stabiliscono pure l'assetto: mentre *illo tempore* le escussioni si snodavano secondo gli estri del giudice⁴⁸, nel codice vigente sono ordinate in 'casi', uno per ogni parte, che si succedono in modo legalmente stabilito⁴⁹, salvo diverso accordo dei contendenti. Ognuno è poi padrone del proprio caso e ne stabilisce l'ordine interno⁵⁰. Questa prerogativa è assai importante, perché una studiata successione delle prove rappresenta una formidabile strategia dimostrati-

⁴⁶ Segnala l'ascendenza F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 917: «i contraddittori si scambiano i 'pleadings'; poi ognuno segnala ed esibisce i suoi documenti; 'disclosure' e 'inspection' scongiurano sorprese al 'trial'».

⁴⁷ La felice espressione è di A. NAPPI, *Guida al codice*, cit., p. 498, il quale aggiunge che si tratta di una presunzione *iuris tantum*: non vale se al giudice risulti evidente il contrario. L'ampiezza del diritto alla prova riconosciuto in questo modo alle parti è uno dei vantaggi più apprezzabili del sistema del doppio fascicolo: il giudice, all'oscuro dei trascorsi investigativi, non potrà che valutare l'utilità della prova nella prospettiva di chi la chiede.

⁴⁸ Il presidente o il pretore procede [...] all'esame dei testimoni nell'ordine che ritiene più opportuno (art. 448 c.p.p. abr.).

⁴⁹ Conforme alla distribuzione degli oneri probatori: inizia (nella posizione meno comoda) l'accusatore e l'accusato entra in scena per ultimo. Sulla ripartizione in 'casi' nel *trial* angloamericano, v. M. SCAPARONE, *Common law*, cit., p. 110.

⁵⁰ Lo si può argomentare dall'art. 497 comma 1 che, pur se riferito soltanto ai testimoni, «esprime una regola generale discendente alla logica del sistema dei casi» (G. FRIGO, sub *Art. 496*, cit., p. 209).

va: le parti argomentano attraverso la concatenazione delle rispettive prove «molto più che attraverso la discussione finale»⁵¹.

Riassumendo, alla parte che rispetta le scadenze previste dagli artt. 468 e 493, è garantita dunque una sorta di presunzione di ammissibilità delle prove richieste e il diritto ad una risposta immediata, così da organizzare al meglio la strategia del proprio ‘caso’.

Torniamo allo sbarramento temporale fissato dall’art. 493: possiamo anche evitare di dire che chi richieda l’ammissione di una prova quando è stata già chiusa la relativa sottofase dibattimentale incappi nella ‘sanzione’ della inammissibilità della richiesta. Forse per sostenere una tale conclusione occorrerebbe rintracciare una previsione sanzionatoria, che qui manca⁵²; né avrebbe pregio notare come la comminatoria non esiga formule particolari: questo è vero, ma non vuol dire ancora che l’esistenza della sanzione possa inferirsi attraverso un’interpretazione sistematica.

Il fatto è che, in realtà, la questione delle richieste di prova intempestive non va posta in termini di ‘ammissibilità’: la parte che chieda l’ammissione di una prova oltre la soglia degli atti introduttivi – più che formulare una «richiesta di prova» inammissibile (per tardività) – richiede l’ammissione di una prova nel corso di una fase che non è destinata all’ammissione delle prove ma alla loro assunzione, e nella quale gli unici possibili incidenti sono quelli intesi alla revoca di prove già ammesse (perché, questa sì, ha da essere immediata).

Il potere istruttorio delle parti non si esprime in iniziative libere, ma è incanalato in un *procedimento* di ammissione. Questo procedimento è suddiviso a sua volta in diverse fasi (o sotto-fasi): la «fase preliminare», quella «della decisione», quella «dell’integrazione del provvedimento di ammissione»⁵³. La fase preliminare comprende alcune formalità preparatorie, necessarie quando si intendono introdurre taluni mezzi istruttori (art. 468). Segue la «fase della decisione»:

⁵¹ G. FRIGO, sub *Art. 496*, cit., p. 209. Rientrano nella strategia del caso non soltanto le prove orali, preannunciate alla controparte con la lista, ma anche le iniziative istruttorie non soggette ad obbligo di *discovery* preventiva: documenti, letture di atti investigativi, nonché i mezzi normalmente gestiti dal giudice (come ricognizioni ed esperimenti giudiziali: eloquente l’ipotesi dell’esperimento giudiziale utile a corroborare immediatamente un’affermazione apparentemente incredibile pronunciata dal testimone: G. FRIGO, sub *Art. 496*, cit., p. 204).

⁵² G. CONSO, *Il concetto*, cit., 1955, p. 98; sull’istituto della inammissibilità, v. R. APRATI, voce *Inammissibilità e decadenza*, cit., p. 55.

⁵³ La suddivisione in fasi è di A. NAPPI, *Guida al codice*, cit., p. 490; la fase preliminare è costituita dagli adempimenti di cui agli artt. 468 e 142 disp. att.

questa è aperta dalle richieste di prova, formulate appena dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento, prosegue con un contraddittorio con le parti, ed è chiusa dal provvedimento finale del giudice, formalizzato in una ordinanza da emettere senza ritardo⁵⁴. Infine, è possibile che si instauri una fase ulteriore ed eventuale, «di integrazione del provvedimento di ammissione», che può rispondere a due diverse necessità.

Un primo tipo di integrazione è quella attraverso la quale il giudice può, sentite le parti, escludere prove già ammesse o ammettere prove in precedenza escluse⁵⁵. Essa può aver luogo in ogni momento dell'istruzione: il relativo incidente si inserisce «nel corso dell'istruzione dibattimentale» (art. 495 comma 4).

L'altro tipo di integrazione consiste nell'ammissione di «nuove prove», ossia di prove non richieste negli atti introduttivi (art. 507). A differenza del primo tipo d'intervento, questo ha una collocazione temporale ben precisa, una volta «terminata l'acquisizione delle prove». Sebbene nello «scontro di religioni» consumato intorno all'interpretazione di questa norma sia stata spesso rivendicata l'assoluta eccezionalità dell'istituto⁵⁶, la necessità di integrare il materiale selezionato all'inizio del dibattimento è tutt'altro che anomala, bensì quasi fisiologica. Ogni prova, oltre a fornire un risultato conoscitivo, è anche un «fattore di scoperta»⁵⁷: non è affatto scontato dunque che le istanze istruttorie avanzate dalle parti dopo la fase delle «richieste di prova» dipendano da una negligenza o da una materiale sopravvenienza. Può accadere che la prova sia «suggerita» dall'escussione appena effettuata; ancora più facilmente se si tratta di una controprova: la necessità di controdedurre rispetto alle prove prodotte dall'avversario spesso può

⁵⁴ Ossia senza possibilità di riserve all'esito dell'istruzione: era costume del giudice dibattimentale nel rito 1930 (F. CORBI, *La disciplina dell'ammissione*, cit., 1975, p. 157).

⁵⁵ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 79, nota come da tale previsione, che pur contempla ammissioni *in itinere*, non sia affatto arguibile la possibilità di formulare richieste di prova in ogni momento del dibattimento, perché il provvedimento previsto dalla disposizione in parola si riferisce pur sempre a prove già richieste *in limine* e non ammesse in quella sede.

⁵⁶ Il dibattito, sebbene potesse considerarsi chiuso già dopo l'intervento di Cass., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, cit. ha portato anche ad un discusso pronunciamento della Consulta (Corte cost., 26 marzo 1993, n. 111, *ivi*, I, c. 1360). È ripercorso in A. ALBANO, *I poteri istruttori*, cit., p. 189 ss.; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 77.

⁵⁷ G. UBERTIS, *I poteri del pretore*, cit., p. 1232.

essere valutata adeguatamente soltanto dopo l'escussione di tali mezzi istruttori⁵⁸.

Ebbene, il naturale sfogo di questi bisogni sembra esser stato collocato dal legislatore all'esito delle escussioni richieste *ex art.* 493 in una apposita sotto-fase, dedicata appunto all'integrazione della prova⁵⁹.

Insomma, una volta che si sia chiusa la sottofase dedicata all'ammissione delle prove, qualsiasi istanza istruttoria – non importa se l'intempestività sia dovuta a negligenza o derivi da sopravvenienze – avrà sfogo attraverso le iniziative integrative disciplinate dall'art. 507, dopo che sia «terminata l'acquisizione delle prove» già richieste *in limine litis*⁶⁰. Il codice non prevede altri spazi per arricchire il materiale istruttorio selezionato *ab inizio* se non quello segnato da quest'ultima disposizione, dedicata all'assunzione, d'ufficio o su istanza, di qualsiasi prova «nuova».

Questa è la sede nella quale le parti hanno l'opportunità di integrare la prova coi mezzi dei quali c'è (ancora) bisogno, alla luce dei risultati già emersi, e in relazione ad ogni prova ammessa, ognuno avrà diritto a controdedurre⁶¹. Si tratta di una vera e propria *re-introduzione* dell'istruttoria: non a caso l'art. 151 disp. att. prevede che l'assunzione delle nuove prove, se attivata dalle parti, si articoli, nella logica dei casi, secondo il consueto ordine probatorio previsto dall'art. 496⁶².

Questa scansione temporale non solo scongiura eventuali tattiche dilatorie, ma evita anche ritardi che potrebbero risultare *a posteriori* non giustificati: le esigenze istruttorie sorte in corso di causa o l'utilità delle prove dimenticate *in limine* potrebbero risultare infatti superate dall'esito delle escussioni già programmate.

Del resto, la continuità e la concentrazione del dibattimento sono valori ai quali il legislatore mostra di contemperare con attenzione le esigenze dilatorie derivanti dall'*happening* dibattimentale: non a caso

⁵⁸ In argomento, v. A. SCELLA, *I residuali poteri*, cit., p. 1210; P. FERRUA, *I poteri probatori*, cit., p. 293.

⁵⁹ Per l'assunto secondo cui le controprove, anche se esentate dall'obbligo di indicazione in lista, vanno pur sempre richieste negli atti introduttivi, v. Cass., Sez. VI, 4 luglio 1995, Zadnich, in *C.E.D. Cass.*, n. 202275.

⁶⁰ Anche se, siccome l'indicazione temporale contenuta nell'art. 507 è ordinatoria (v. *ex plurimis*, Cass., Sez. II, 22 novembre 1994, Raciti, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2243; *contra* soltanto Cass., Sez. I, 2 aprile 1996, Chicaro, in *Guida dir.*, 1996, n. 34, p. 81), non è escluso che il giudice ammetta o addirittura disponga sin da subito la prova tardivamente dedotta.

⁶¹ Cass., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, cit.

⁶² Cass., Sez. VI, 4 giugno 1993, Carnazza, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2726.

l'art. 509, nel consentire la «sospensione del dibattimento per esigenze istruttorie», ha cura di tipizzare le situazioni legittimanti, limitandosi a contemplare le tre ipotesi dell'eccezione d'inammissibilità della prova ammessa, dell'intervento presidenziale negli esami, dell'integrazione probatoria *ex art.* 507⁶³.

Una simile ricostruzione può sembrare scarsamente sensibile al diritto delle parti alla prova, se si accede alla diffusa opinione secondo cui le integrazioni probatorie a fine istruzione siano sempre rimesse ad un'ampissima discrezionalità in virtù della quale il giudicante – non più tenuto, come *in limine litis*, a dimostrare la manifesta inutilità della prova – sarebbe autorizzato a ricusare l'ammissione della prova che gli appaia irrilevante o superflua.

Secondo questa impostazione, il giudice dibattimentale, ormai non più ingenuo come all'inizio del dibattimento, si riapproprierebbe, *in extremis*, di quel controllo preventivo di rilevanza delle prove del quale la riforma del 1988 lo ha privato⁶⁴. Alla luce delle acquisizioni dibattimen-

⁶³ È evidente che la disciplina dei tempi istruttori ha natura ordinatoria, e nulla impedisce al giudice di delibare immediatamente anche la richiesta tardiva, e finanche di acquisire da subito la prova dimenticata: lo farà, se ritiene che nonostante lo scompaginamento, l'immediata assunzione giovi al processo (ad es., rendendo superflue le prove ancora da acquisire); del resto, l'acquisizione probatoria alla quale la parte non abbia alcun diritto non risulta per questo in alcun modo viziata (rientra tra i poteri del giudice assumere d'ufficio, a norma dell'art. 507 i mezzi che la parte ha indicato, sia pure intempestivamente o irritualmente: Cass., Sez. I, 25 giugno 1999, Gusinu, in *C.E.D. Cass.*, n. 214108).

Un elemento di conferma di questa ricostruzione proviene dalla disciplina in tema di testimonianza indiretta: l'art. 195 sancisce il diritto della parte a richiedere la citazione in giudizio della fonte già nel momento in cui il teste indiretto depone: la previsione espressa non sarebbe necessaria se non esistesse una regola per cui le prove non richieste *in limine* possono essere chieste solo in coda all'istruzione. La disposizione consente (impone, secondo la giurisprudenza) di formulare la richiesta d'esame del primo dichiarante contestualmente alla deposizione *de relato*, o comunque prima della conclusione dell'udienza nella quale è avvenuta la deposizione (Cass., Sez. II, 1° marzo 1996, Esposito, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2549).

⁶⁴ Anche nel codice Rocco il controllo di rilevanza delle prove era in *crescendo* col progredire del procedimento. Se nell'istruzione veniva raccolta qualsiasi prova che non fosse del tutto superflua, nel dibattimento i mezzi erano selezionati in base a condizioni via via più severe: la «diretta pertinenza» per le richieste iniziali (art. 420 c.p.p. abr.), la «assoluta necessità» per le prove («nuove») disposte nel corso del dibattimento (art. 457 c.p.p. abr.), la necessità «assoluta ed evidente» per quelle disposte interrompendo la discussione (art. 469 c.p.p. abr.), l'impossibilità di decidere allo stato degli atti, nel dibattimento d'appello (art. 520 c.p.p. abr.): «avanzando il processo verso la decisione una penetrante valutazione preliminare sull'ammissibilità della prova si impone nella misura in cui tende a ridursi il grado di ipoteticità della regiudicanda» (D. SIRACUSANO, *La prova testimoniale*, cit., p. 66).

tali e, verosimilmente, sulla base di una propria ricostruzione dei fatti, egli potrebbe e dovrebbe (altrimenti l'integrazione non sarebbe «assolutamente necessaria») verificare l'attitudine di un certo dato probatorio ad apportare un *quid novi* rispetto alle quadro istruttorio. Anche nei casi in cui l'acquisizione sia disposta in seguito ad una sollecitazione di parte, le prove acquisite in coda all'istruzione non sarebbero prove 'dell'accusa' o 'della difesa', ma sempre e comunque prove 'del giudice'.

Orbene, se intendiamo in questo modo l'art. 507, davvero è difficile ritenere che lo sfogo delle istanze istruttorie intempestive possa essere costituito dall'integrazione della prova prevista in coda all'istruzione, per due motivi.

Per un verso, risulterebbe davvero eccessivo il sacrificio imposto alla parte: il superamento del termine – che potrebbe anche essere incolpevole – ridurrebbe il suo diritto alla prova a *jus postulandi*, e lo priverebbe anche della possibilità di dolersi della prova negata innanzi alla Corte di cassazione, quando si tratti di una prova contraria decisiva, ai sensi dell'art. 606 lett. d).

Per altro verso, il rispetto delle scadenze temporali tipiche del processo di parti determinerebbe un aumento cospicuo delle prove selezionate dal giudice: per paradosso, si tratterebbe dell'effetto esattamente contrario a quello perseguito dal legislatore del 1988 con l'adozione del principio dispositivo. Il giudice, di fronte a qualsiasi richiesta di prova formulata dopo gli atti introduttivi, sarebbe chiamato a formulare un giudizio di sufficienza delle prove già accumulate, ed a rigettare qualsiasi istanza ritenendo la causa 'matura per la decisione'⁶⁵.

Senonché, sembra invece che il parametro di esercizio del potere-dovere di integrazione probatoria assegnato al giudice del dibattimento

⁶⁵ Sembrerebbe un ritorno alla logica, un po' ambigua, del 'dovere istruttorio' del giudice, che il codice attuale dovrebbe avere accantonato. Sotto l'impero del sistema previgente F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., p. 194, nota 35, rilevava come la formula secondo cui «il giudice deve assumere tutte le prove che si palesano utili ai fini della decisione, entro i limiti segnati dalla sufficienza del risultato conoscitivo» contenga «una certa dose di tautologia: resta da stabilire quando un fatto si possa dire di tal segno certo, da escludere l'utilità di assumere le prove, la cui offerta è intesa a dimostrare il contrario. Qui si profila una delle peggiori insidie, a cui il giudice è esposto nell'esercizio dei suoi poteri di governo del processo» (M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza*, cit., p. 33). L'aumento eccessivo della responsabilità del giudice nella selezione delle prove, che il sistema vigente tende a minimizzare a tutela della sua imparzialità sembra costituire la controindicazione della soluzione (G. ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione*, cit., p. 102) che trasferisce nell'ambito operativo dell'art. 507 tutte le iniziative tardive (prove sopravvenute, *noviter repertae*, dimenticate) salvo quelle riguardanti prove divenute rilevanti in corso di causa.

dall'art. 507 vada letto in modo diverso, a seconda che si tratti di un intervento spontaneo o sollecitato da una delle parti. Nel caso dell'intervento spontaneo è giusto che il giudice assuma solo le prove che gli sembrano necessarie a colmare un materiale che gli risulta *insufficiente* per la decisione: possiamo dire che il suo potere-dovere istruttorio sussista solo se e quando risulti *exactis* una prova utile a risolvere la situazione di dubbio nel quale le parti lo hanno lasciato⁶⁶.

Nella diversa ipotesi in cui l'intervento di integrazione della prova sia invocato da una «richiesta di parte» il potere-dovere del giudice ha tutt'altra sostanza: non può essere che quella parte resti in balia di un giudice (nuovamente) 'istruttore'. In un sistema che affida ai contendenti la *responsabilità* della provvista probatoria i limiti al loro potere istruttorio devono essere contenuti allo stretto indispensabile⁶⁷.

E allora, se l'interesse a tutelare, rispetto ai pericoli insiti nelle richieste in corso d'istruzione, concentrazione, speditezza, lealtà della contesa, può giustificare un esercizio più gravoso del diritto delle parti all'ammissione di tutte le prove richieste, nessuna esigenza processuale potrebbe mai giustificare l'azzeramento di quella prerogativa istruttorie.

A questo punto, non si direbbe che importi in quale posizione si trovi la parte rispetto alla mancata richiesta della prova nei termini di cui all'art. 493, negligente o incolpevolmente sorpresa da una sopravvenienza inaspettata: in ogni caso, il giudice chiamato ad ammettere una prova sollecitata dalla parte ex art. 507, deve comunque astenersi dal misurare in positivo l'*utilità* della prova ai fini della decisione, in relazione ad una *propria* ricostruzione dei fatti⁶⁸, limitandosi a controllare soltanto che la prova *non sia manifestamente irrilevante* o superflua.

⁶⁶ Anzi, in questi casi è effettivamente auspicabile *self restraint*: la formula dell'«assoluta necessità» ammonisce ad un uso moderato del potere («segnale esortativo ai giudici: non siano invadenti, come vuole l'atavismo inquisitorio, né fatalisticamente immobili, fino a inghiottire premesse incomplete o false»: F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 432). La legge pone una sorta di presunzione di completezza delle prove richieste dalle parti (A. NAPPI, *Guida al codice*, cit., p. 497).

⁶⁷ La mancata introduzione nel processo di un'informazione rilevante, che può derivare da un limite normativo posto all'esercizio del diritto alla prova, può tradursi in una perdita secca per il processo: il giudice, che dei fatti non ha più una conoscenza autonoma e preesistente all'*happening* dibattimentale, potrebbe non essere in grado di porvi rimedio. Inoltre, se ogni richiesta formulata tardivamente fosse valutabile in termini di concreta 'rilevanza' della prova, risulterebbero intollerabilmente numerose le occasioni in cui il giudicante sarebbe chiamato ad impegnarsi attivamente nell'indagine, ponendo a rischio la sua imparzialità.

⁶⁸ Sebbene il giudice avrà probabilmente maturato una personale idea dei fatti, dato l'avanzato stato dell'accertamento processuale.

Ciò non toglie che il vaglio ammissivo acquisterà uno spessore maggiore rispetto a quello effettuato *ex art.* 495, ma soltanto perché il giudice che controlla la rilevanza della prova richiesta *ex art.* 507 possiede tutte le conoscenze provenienti dall'attività istruttoria già esperita: mentre lì era all'oscuro dei fatti e poteva basarsi unicamente sulle prospettazioni delle parti, qui può più facilmente cogliere la 'manifesta irrilevanza' della prova (quando le informazioni già raccolte consentono di escludere la validità dell'asserzione probatoria della parte), o ancor più la sua 'manifesta superfluità' ⁶⁹.

Insomma, le prove chieste tardivamente sono *normalmente* destinate ad essere ammesse all'esito dell'istruzione, come vuole l'art. 507, ma ciò non vuol dire che il diritto alla prova perda le principali garanzie dalle quali è normalmente assistito.

In primo luogo, la parte continua a beneficiare della c.d. 'presunzione di ammissibilità': le istanze intempestive saranno comunque valutate secondo il parametro assai ampio della loro 'non manifesta inutilità' (a questo punto, non sembra rilevante il motivo dell'omessa richiesta nei termini). In secondo luogo, rimane in piedi la tutela 'rafforzata' delle ragioni della parte rispetto al provvedimento di rigetto della richiesta di prova: ogni volta in cui la deduzione tardiva risulti rilevante rispetto ad uno qualsiasi dei fatti accertati in sentenza, il rigetto resta pur sempre censurabile in cassazione. Il ricorso di legittimità ai sensi dell'art. 606 lett. d) non lascia in nessun caso l'imputato privo di tutela di fronte ad un diniego: è una 'controprova' qualsiasi prova richiesta dall'imputato che sia in grado di confutare una delle premesse della sentenza. La 'decisività' ivi prevista non è che la 'rilevanza' del mezzo rifiutato, valutata rispetto ai fatti accertati in sentenza, anziché, come accade nell'ordinanza di cui all'art. 495 con riferimento ai fatti contenuti nell'imputazione ⁷⁰.

L'unica 'prova negata' rispetto alla quale non è invocabile tutela innanzi ai giudici di legittimità, sarebbe la prova richiesta tardivamente dal pubblico ministero, su un tema non toccato da asserzioni difensive; qui non c'è alcuna controprova, pertanto il caso è censurabile in Cas-

⁶⁹ Ecco in che senso le Sezioni unite definiscono 'decisiva' la prova ammissibile *ex art.* 507 (Cass., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, cit.). Potrebbe sembrare che questa soluzione favorisca condotte sleali – come quella di chi tenga nascosta, al momento della *discovery*, una prova decisiva per spiazzare l'avversario, facendo affidamento sulla sua acquisibilità *in extremis* – ma in realtà a fare da deterrente v'è sempre il maggiore spessore del vaglio ammissivo, che viene effettuato alla luce dell'intera istruzione già compiuta.

⁷⁰ A. CAPONE, *Il "principio di decisività"*, cit., p. 1463.

sazione solo nella misura in cui il diniego abbia minato la logica della motivazione⁷¹. Questa soluzione sembra la più adatta a coniugare il rispetto delle esigenze sottostanti alla disciplina di cui agli artt. 468 e 493 ed il pieno riconoscimento delle prerogative istruttorie delle parti.

4. CONCLUSIONE: GLI ACCORDI NON SONO POSSIBILI OLTRE GLI ATTI INTRODUTTIVI

Ormai è evidente: non può condividersi, essendo errata la premessa, l'affermazione secondo cui siccome qualsiasi richiesta istruttoria (e questa sarebbe una richiesta 'congiunta') è sempre ammissibile, anche nel corso dell'istruzione, le parti possono accordarsi sui contenuti del fascicolo lungo tutto l'arco del dibattimento.

Resta però da verificare se la conclusione è *comunque* sostenibile, ossia se malgrado lo sbarramento temporale 'di fase' segnato per le «richieste di prova» possa ritenersi che gli accordi sul fascicolo restino invece possibile lungo tutto l'arco dell'istruzione.

Il fatto che le 'richieste di prova' debbano essere formulate entro la fase dedicata all'ammissione delle prove di per sé non implica che la medesima conclusione debba trarsi per gli accordi sul contenuto del fascicolo; una differenza di regime tra i due tipi di iniziativa probatoria non sarebbe incomprensibile: per le acquisizioni concordate le ragioni che giustificano il contingentamento temporale delle istanze istruttorie non possono valere *in toto*⁷², anzi una certa duttilità d'impiego sarebbe coerente alla funzione di semplificazione processuale che il congegno istruttorio negoziale è chiamato a svolgere.

Stando alla lettura estensiva, che immagina accordi durante lo svolgimento dell'istruzione o addirittura all'esito della stessa, l'istituto non avrebbe che normativizzato pratiche già invalse prima della novella del 1999, in virtù delle quali il giudice, procurandosi sul punto il consenso delle parti, considerava acquisiti al dibattimento atti che non avrebbero avuto titolo ad entrare nel fascicolo processuale in quanto non inclusi nelle categorie di cui all'art. 431⁷³. Spesso l'acquisizione *extra ordinem* aveva luogo proprio alla luce delle emergenze dibattimentali: dopo che un certo fatto è stato ben illustrato, nei profili più

⁷¹ Peraltro, il fatto che il diniego non sia qui censurabile *ex se* può considerarsi non ingiustificato, vista la grave alterazione della dialettica dibattimentale provocata dall'accusatore che abbia sfoderato soltanto *in extremis* una prova d'accusa.

⁷² G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 92.

⁷³ Ne fa cenno N. GALANTINI, *Limiti e deroghe*, cit., p. 1851.

bisognosi di chiarimento, da uno o più testimoni, una parte rinuncia ad un'ulteriore escussione chiesta ed ammessa, a condizione che l'altra non si opponga all'allegazione del relativo verbale di sommarie informazioni⁷⁴.

La novella del 1999 avrebbe circondato di opportune garanzie queste prassi concordatarie, soprattutto a tutela della parte debole, senza tuttavia confinare la negoziazione in un preciso ambito temporale.

Le prassi ora ricordate risentivano del metodo istruttorio del codice Rocco, nel quale – come già ricordato (*retro*, cap. III § 2) – era praticato su vasta scala l'impiego di verbali istruttori di per sé non sarebbero stati acquisibili, con il consenso unilaterale o con l'accordo delle parti processuali. L'art. 415 c.p.p. abr. permetteva alle parti di chiedere nelle rispettive liste la lettura delle deposizioni rese da un testimone nella fase istruttoria anziché la citazione in giudizio. Questa fattispecie si accompagnava a due figure di rinuncia concordata all'oralità, disciplinate rispettivamente dall'art. 462 n. 1 c.p.p. abr., che consentiva, col consenso delle parti, la lettura dei verbali della deposizione resa in istruttoria dal teste indicato in lista e del quale sia stata ordinata la citazione⁷⁵, e dall'art. 463 comma 3, che prevedeva lo stesso per gli atti compiuti dalla polizia giudiziaria, per il caso di mancata comparizione dell'operante. In questi casi le parti, rinunciando all'escussione in favore di una acquisizione semplificata, manifestavano «la convinzione che il teste, deponendo nella istruttoria abbia detto quanto poi avrebbe ripetuto in dibattimento, senza aver nulla da osservare in contrario»⁷⁶.

⁷⁴ La soluzione rappresentava un accettabile compromesso tra l'audizione delle ulteriori prove sul medesimo punto, e una revoca delle escussioni per sopravvenuta superfluità, che avrebbe potuto suonare come una prevaricazione contro il diritto alla prova della parte.

⁷⁵ Il requisito della indicazione in lista e della successiva citazione era posto per assicurare che la deposizione fosse ammissibile e rilevante: l'avvenuta citazione indicava che la richiesta di esame formulata dalla parte era passata indenne attraverso il potere di sfortimento delle liste riconosciuto al presidente dall'art. 420 c.p.p. abr. Ed era naturale che quel codice prevedesse un implicito controllo di rilevanza rispetto alle iniziative probatorie delle parti (pur concordate tra le stesse), in un sistema nel quale la responsabilità della provvista probatoria era pur sempre del giudice.

⁷⁶ GIU. SABATINI, *Il codice di procedura penale*, cit., p. 262. L'applicazione di questi congegni di recupero era poi amplificata da un'interpretazione *lata*, secondo la quale il consenso delle parti non doveva essere necessariamente esplicito, ma poteva esser presunto dal giudice «nel caso in cui le parti non abbiano manifestato alcuna eccezione, manifestando in tal modo la loro acquiescenza alla lettura» (Cass., 6 ottobre 1960, in *Giust. pen.*, 1961, II, c. 164). Critico, P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 324. F. CORDERO, *Scrittura e oralità*, cit., p. 327, nota come, più che esser legittimato l'atto da un consenso presunto, si verificava una sanatoria dell'atto viziato per mancata

Le disposizioni rappresentavano altrettante manifestazioni di rinuncia all'oralità: mentre nella prima il consenso alla prova cartolare esprimeva una scelta *alternativa* all'escussione dibattimentale del teste, nelle altre l'opzione verso il recupero del verbale era *successiva* rispetto ad una iniziale richiesta di prova orale. L'odierna figura degli accordi sul contenuto del fascicolo dibattimentale avrebbe ereditato insieme le funzioni di entrambi i tipi di rinuncia, potendo essi intervenire sia nella fase degli atti introduttivi che successivamente e persino all'esito del dibattimento⁷⁷.

Accordi probatori *in itinere*, stimolati dallo svolgimento dell'istruttoria possono anche apparire coerenti alla logica di semplificazione dell'istituto: le parti potrebbero ad esempio reputare conveniente, all'esito dell'audizione del funzionario di polizia giudiziaria sulle indagini svolte, l'acquisizione al fascicolo della documentazione di cui questi si sia servito in aiuto alla memoria (artt. 499 comma 5 e 514 comma 2), oppure accordarsi per l'acquisizione di un verbale di sommarie informazioni quando un testimone risulti di difficile reperibilità, impedito o citato in modo errato, e chi aveva chiesto l'esame ritenga preferibile rinunciare all'escussione piuttosto che sopportare l'allungamento dei tempi dibattimentali. L'importante – potrebbe dirsi – è che al giudice resti la possibilità di rimediare ad una possibile perdita di conoscenza derivante dall'atto dispositivo delle parti e, quando ritenga che l'acquisizione cartolare offra materiale gnoseologicamente scadente o comunque inidoneo, possa disporre *ex officio* la citazione del testimone affinché questi venga escusso oralmente⁷⁸.

Di per sé, la diversità di regime rispetto alle 'richieste di prova' non sarebbe ingiustificata: se la regola per cui quelle richieste vanno formulate obbligatoriamente negli atti introduttivi serve a tutelare *a)* la correttezza del contraddittorio rispetto a manovre spiazzanti; *b)* la concentrazione e la continuità del dibattimento, rispetto al rischio di continui incidenti ammissivi; *c)* la speditezza del processo rispetto alle dilazioni eventualmente necessarie alla produzione delle prove sopravvenute o alle conseguenti contromosse probatorie, occorre riconoscere che nessuna di queste esigenze ricorre in relazione agli accordi sul fascicolo.

deduzione nei termini (perché ogni nullità consumata doveva essere eccepita *hic hinde*).

⁷⁷ Trib. Piacenza, 21 febbraio 2000, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, p. 187.

⁷⁸ Allo stesso modo in cui il giudice dibattimentale del codice Rocco poteva disattendere l'istanza di lettura ed assumere l'esame in forma orale, ordinando eventualmente la ripetizione della citazione o disponendo l'accompagnamento coattivo.

Quanto al *fair play* processuale, l'acquisizione *in itinere* non lederebbe la lealtà della disputa, perché l'accordo tra gli stipulanti esclude *ex se* ogni effetto-sorpresa⁷⁹. Né pregiudicherebbe la continuità e la concentrazione delle escussioni, poiché l'acquisizione concordata non richiede particolari incombenzi processuali, se non una presa d'atto del giudice circa l'esistenza della volontà delle parti; se per qualsiasi altro provvedimento in tema di prova vi è necessità di un vero e proprio incidente processuale, per procedere all'ascolto di tutte le parti che abbiano interesse ad interloquire, qui gli stipulanti non hanno nulla da dire⁸⁰. Infine, non ci sarebbe da temere quell'allungamento dei tempi che può derivare da ammissioni probatorie tardive, nei casi in cui le parti diverse da quella che ha dedotto la prova chiedano una dilazione per contromuovere adeguatamente: in questi casi anche l'esigenza di controprove rispetto alle informazioni fornite dall'atto investigativo dovrebbe reputarsi esclusa⁸¹.

Eppure, l'intento legislativo di confinare gli accordi dibattimentali sulla composizione del fascicolo entro la fase degli atti introduttivi sembra abbastanza chiaro: anche ove si volesse ritenere non decisiva la collocazione dell'istituto all'interno dell'art. 493, per le incertezze esegetiche in ordine a quest'ultima disposizione⁸², a militare decisa-

⁷⁹ Lo stesso non potrebbe dirsi ove si ammettessero validi accordi tra alcune soltanto delle parti del processo (soluzione che tuttavia è da respingere: v. *infra*, cap. VII). In quel caso, un accordo durante il dibattimento potrebbe infatti spiazzare qualcuno dei contraddittori. È vero che, in quella prospettiva relativistica, chi non ha aderito all'accordo sarebbe immunizzato dall'effetto probatorio dell'atto, ma il patto *inter alios* potrebbe comunque scompaginare la strategia del non aderente quando le informazioni fornite dal verbale attingano anche la sua posizione: il giudice potrebbe prendere conoscenza di elementi probatori nocivi alla sua linea difensiva, e queste informazioni 'pericolose', sebbene inutilizzabili direttamente, potrebbero pur sempre orientare interventi istruttori officiosi.

Né varrebbe obiettare, per negare aspettative tutelabili in capo alle parti estranee al patto, che l'esistenza del materiale pericoloso è nota ad ognuno sin da quando ha preso conoscenza del fascicolo delle indagini (cosicché il possibile recupero andrebbe, per così dire 'messo nel conto'): il fascicolo investigativo non ha un potenziale informativo auto-evidente.

⁸⁰ *Idem* ove si accedesse alla teoria degli accordi parziali: gli estranei, in quanto disinteressati all'acquisizione, non dovrebbero avere *os ad loquendum*. Non così invece se si accogliesse un'esegesi ancora differente, secondo cui i contraenti necessari sarebbero tutte le parti interessate alla prova desumibile dall'atto (e soltanto quelle): in tal caso l'individuazione dei legittimati potrebbe essere anche molto laboriosa, e sarebbero immaginabili lunghe dispute tra le parti (*retro*, cap. VII § 3).

⁸¹ Al più (ma solo se si ammettessero accordi parziali) si potrebbero immaginare dilazioni per il sopravvenire, in capo agli estranei al patto, di bisogni istruttori non ignorabili dal giudice.

⁸² Ove, cioè, non volesse ritenersi – come invece sarebbe preferibile, alla luce di

mente in favore della limitazione temporale è la considerazione che lo stesso legislatore ha previsto espressamente una sorta di sotto-fattispecie di accordo acquisitivo in sede di contestazioni al testimone durante il suo esame dibattimentale (art. 500 comma 7). Questa previsione risulterebbe difficilmente spiegabile se l'acquisizione di protocolli investigativi fosse possibile in ogni momento dell'istruzione, in virtù di un accordo tra le parti concepito come un canale, sempre aperto, di travaso informativo tra indagini e giudizio.

Se gli accordi sul fascicolo fossero possibili *sine die*, l'utilità dell'interpolazione operata all'interno dell'art. 500 sarebbe, al più, rintracciabile nella minore ampiezza del recupero informativo che è possibile realizzare in sede di contestazioni ai testimoni: siccome nell'art. 493 si parla di «atti», mentre l'art. 500 comma 7 fa riferimento alle «dichiarazioni precedentemente rese dal testimone», il senso precettivo di quest'ultima previsione sarebbe nel consentire l'allegazione di singoli stralci del protocollo investigativo, anziché dell'intero verbale di sommarie informazioni, come avviene nella fattispecie 'generale' degli accordi sul fascicolo⁸³. Senonché, questa spiegazione non pare convincente in quanto, per un verso, una simile limitazione delle allegazioni in corso d'esame sarebbe stata agevolmente ricavabile in via interpretativa della fattispecie 'generale' ex art. 493 e, per altro verso, la dottrina prevalente riconosce che l'attuale testo dell'art. 500 consente, in ogni caso di contestazione 'con allegazione', l'annessione al fascicolo dell'intero verbale dichiarativo, senza imporre la selezione delle parti 'interessanti'⁸⁴.

L'art. 500 comma 7 sarebbe insomma una finta norma se non servisse a rendere possibili patti istruttori che altrimenti non sarebbero consentiti, per esser decorso il termine segnato per gli accordi sulla composizione (iniziale) del fascicolo dibattimentale. E sono questi accordi, successivi ed accessori all'escussione orale dei testimoni, più

quanto osservato nel paragrafo precedente – che le attività descritte nell'art. 493 trovino una loro precisa e vincolante collocazione temporale nella fase immediatamente successiva alla dichiarazione di apertura del dibattimento.

⁸³ R. DEL COCO, *Disponibilità della prova penale*, cit. p. 162.

⁸⁴ Così, pur riconoscendo in tale profilo di disciplina una scarsa attenzione per la funzione essenzialmente critica dell'istituto, G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 129. Per la verità, una volta che si preveda, in casi eccezionali, un effetto anche materialmente 'acquisitivo' delle contestazioni (nel senso che la dichiarazione investigativa penetra tra gli atti del giudizio, con piena valenza probatoria, non attraverso la verbalizzazione della lettura effettuata, ma attraverso l'allegazione del verbale d'indagine) un'allegazione parziale non sembrerebbe neppure raccomandabile, per i possibili effetti distorsivi dell'extrapolazione delle dichiarazioni dal contesto dell'atto investigativo verbalizzato.

che quelli stipulati contestualmente alle 'richieste di prova', ad ereditare la funzione che aveva la 'lettura su accordo delle parti' di cui all'art. 462 del codice Rocco.

E allora, se il legislatore ha inteso confinare temporalmente gli accordi acquisitivi all'interno della fase introduttiva (eccetto che per quelli cui le parti vogliano addivenire in occasione dell'esame di una fonte orale, relativamente alle precedenti dichiarazioni della stessa) non sembra consentito dilatare in via interpretativa gli spazi applicativi di un congegno istruttorio che deroga all'ordinario metodo dibattimentale di formazione della prova.

L'interprete deve piuttosto interrogarsi sulla *ratio* del limite temporale e sulla sua giustificatezza, particolarmente importante perché relativa ad un istituto ispirato a logiche di semplificazione; ovvio che lo sbarramento riduca le potenzialità deflative di questi patteggiamenti probatori: chi ne predica la praticabilità *sine die* li immagina come strumenti per adeguare le scelte probatorie delle parti all'andamento dell'istruzione. E tuttavia, esso non sembra affatto inopportuno.

Siccome le strategie probatorie e le conseguenti iniziative vanno dispiegate *in limine litis*, è in quella fase che le parti sono chiamate a valutare, insieme alle 'richieste di prova' da formulare al giudice, anche la convenienza di promuovere acquisizioni concordate di atti, o di aderire ad altrui proposte.

Sembra perciò lecito ritenere che l'acquisizione concordata di atti d'indagine *durante l'istruzione* avrebbe manifestato la sua maggiore utilità e la più frequente occasione di impiego in relazione ad elementi probatori la cui elaborazione dibattimentale, *inizialmente richiesta da una delle parti*, si riveli faticosa o comunque problematica in ragione di ostacoli materiali o giuridici.

Orbene, anche in un sistema che riconosce nel metodo dibattimentale la *migliore* tecnica istruttoria per la qualità delle informazioni consegnate al giudicante, è accettabile che si consenta ai contendenti concordati di sottoporre alla valutazione del giudice un atto compiuto *ante iudicium*: in tal modo essi optano infatti per un diverso metodo probatorio, pur sempre partecipativo ancorché non dialettico, che non è privo di un *suo* valore epistemologico. Questo valore è ricavabile dalla circostanza che *nessuna* delle parti, che hanno interessi contrapposti, mostra di ritenere che l'elaborazione dibattimentale di quell'elemento di prova possa condurre a risultati a sé vantaggiosi. Così come non stride col primato del metodo orale permettere alle parti di introdurre nel processo un verbale d'indagine (non in sostituzione ma) ad integrazione della corrispondente prova dibattimentale.

Sarebbe invece poco coerente alla preferenza accordata al metodo

orale una regola secondo la quale, dopo che una delle parti abbia richiesto ed ottenuto l'ammissione di una prova, si possa poi – a fronte di una difficoltà dibattimentale – abbandonare l'oralità e ripiegare sulla più semplice ed economica acquisizione cartolare, solo perché tutte le parti convengano di sostituire questa a quella, senza che a tale opzione possa attribuirsi un significato sul piano epistemologico.

In questi casi la rinuncia concordata all'oralità non sarebbe, neppure astrattamente, giustificabile quale espressione di una comune valutazione di inutilità dell'elaborazione orale della prova. L'accordo sarebbe anzi fortemente sospetto di nascondere «non commendevoli baratti estranei al convergente apprezzamento sull'inutilità del confronto dialettico»⁸⁵, ossia di essere influenzato dalle pressioni che sono esercitabili sull'imputato da parte del pubblico ministero, che tra i contendenti è per un verso quello istituzionalmente 'forte', e per altro verso il più interessato a superare gli inciampi che possono complicare il lavoro istruttorio dibattimentale.

Per questo, stando al codice, una volta che ogni parte processuale abbia stabilito quali prove sottoporre all'attenzione del giudice, esse vanno acquisite col metodo orale, per quanto possibile, dando fondo ad ogni risorsa.

E per lo stesso motivo appare ragionevole ritenere che pure l'accordo volto ad acquisire al fascicolo processuale, in sede di contestazioni al testimone, il verbale delle 'sommarie informazioni' contenente le dichiarazioni dallo stesso rilasciate durante le indagini, sia consentito soltanto quando queste dichiarazioni siano state effettivamente contestate al teste, o comunque in seguito ad una prestazione testimoniale che in qualche modo è stata resa, e non possa servire invece, come pure si sostiene, a rimediare al mancato svolgimento dell'esame⁸⁶.

5. ACCORDI ACQUISITIVI IN SEDE DI ESAME TESTIMONIALE

Soffermiamoci ora sull'istituto da ultimo evocato, che si deve ad una novella – di poco successiva a quella che ha reso possibili gli accordi sulla composizione del fascicolo – che ha introdotto un nuovo spazio temporale per pattuire acquisizioni cartolari rispetto a quelli già individuati dagli artt. 431, 493 e 555⁸⁷.

⁸⁵ G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive*, cit., p. 1136.

⁸⁶ Art. 500 comma 7, sul quale ci soffermeremo nel paragrafo seguente.

⁸⁷ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 128; M. BARGIS, *Commento*

In sede di esame testimoniale, secondo l'art. 500 comma 7, «su accordo delle parti le dichiarazioni contenute nel fascicolo del pubblico ministero precedentemente rese dal testimone sono acquisite al fascicolo del dibattimento». Lo schema negoziale ricalca all'evidenza quello dei patti consentiti in udienza preliminare o negli atti introduttivi, dei quali costituisce una figura speciale. Gli elementi di specialità sono rappresentati, anzitutto, dalla tempistica, che qui è correlata allo svolgimento degli esami orali, mentre gli accordi sul fascicolo non sono più consentiti – come si è cercato di spiegare – una volta che si sia esaurita la sotto – fase delle «richieste di prova». In secondo luogo è caratteristica di questa forma di acquisizione negoziata il fatto che essa *presuppone* l'escussione orale della fonte, laddove invece per gli atti acquisti *in limine litis* o davanti al g.u.p. l'acquisizione cartolare può essere completamente sostitutiva dell'escussione orale, ove quest'ultima non sia richiesta dalle parti o disposta d'ufficio dal giudice.

Tuttavia, nonostante le differenze, vi sono buone ragioni per considerare la figura come una vera e propria sotto-fattispecie degli accordi summenzionati, perché al pari di questi, trova la sua più convincente giustificazione rispetto ai principi generali dell'istruzione quale particolare modalità di formazione – partecipata – della prova, nella quale il contributo dei contraddittori si esprime in forma convenzionale anziché antagonistica. Accordandosi sulla acquisizione del verbale le parti riconoscono l'affidabilità cognitiva della dichiarazione resa nelle indagini. Nell'ipotesi più congeniale al sistema, il recupero a fini probatori del protocollo investigativo dovrebbe seguire ad una scadente *performance* dibattimentale del testimone, magari per difetti di memoria⁸⁸.

Per la verità, delle possibilità applicative dell'istituto e della sua *ratio* sono state fornite interpretazioni variegate, consentite da una formulazione testuale che in proposito non appare affatto perspicua.

Anzitutto, è stato ritenuto che l'allegazione del verbale non debba essere necessariamente preceduta da una *contestazione* al testimone: in effetti, confrontando la previsione con quella del comma precedente, relativa alle dichiarazioni rese in udienza preliminare, si nota che in quest'ultima il legislatore ha avuto cura di precisare che le dichiarazioni rese in udienza preliminare possono essere allegate al fascicolo pro-

all'art. 16 l. 1-3-2001, n. 63, cit., p. 305; C. CESARI, voce *Prova (acquisizione della)*, cit., p. 718; R. DEL COCO, *Disponibilità della prova*, cit., p. 165; C. FANUELE, *Le contestazioni*, cit., p. 172; F. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., p. 211; M.L. DI BITONTO, *Lettura di dichiarazioni*, cit., p. 1290.

⁸⁸ Il recupero potrebbe anche essere connesso all'esistenza di contrastanti versioni dei fatti, fornite dal dichiarante sentito *più volte* durante le indagini secondo A. MACRILLÒ, *Consenso dell'imputato*, cit., p. 655.

cessuale soltanto «se sono state utilizzate per le contestazioni», e se ne potrebbe dedurre che l'acquisizione negoziale prescinda dalla previa contestazione del precedente⁸⁹. In quest'ottica, l'accordo potrebbe servire alle parti anche ad evitare «di contestare punto per punto le eventuali difformità od imporre il chiarimento dialettico dei punti oscuri»⁹⁰.

Secondo alcuni potrebbe addirittura mancare un *esame*, ove lo stesso si riveli impossibile, a causa del rifiuto di deporre opposto dal teste, o per il legittimo esercizio di una sua facoltà di astensione, oppure perché le parti rinuncino a sottoporre la fonte alla *cross examination* su alcune circostanze⁹¹. Le parti potrebbero finanche rinunciare totalmente all'esame incrociato del testimone (art. 495 comma 4-*bis*), ma «facendo salvi taluni contributi dichiarativi prevalentemente selezionati»⁹². Di tale esegesi è stata proposta una variante, secondo cui l'acquisizione concordata potrebbe far luogo del mancato esame quando le parti abbiano invano tentato di escutere il teste, incappando nel suo rifiuto di deporre o in una legittima astensione come nel caso di un prossimo congiunto, mentre rimarrebbero fuori dall'ambito applicativo degli accordi *ex art. 500* i casi in cui l'esame del testimone manchi totalmente in dipendenza di una rinuncia delle stesse parti⁹³.

⁸⁹ Questo stesso rilievo – che fa leva sul mancato richiamo alla previa contestazione – conduce spesso dottrina e giurisprudenza a ritenere non necessaria quest'ultima anche per l'acquisizione delle dichiarazioni rese nelle indagini dal teste a carico del quale risultino praticate pressioni inquinanti, ma non è una lettura obbligata: il mancato collegamento tra la dichiarazione da acquisire e la sua previa contestazione al teste nel corso dell'esame può dipendere dal fatto che il legislatore ha ritenuto opportuno consentire l'allegazione dell'intero verbale investigativo e non soltanto della dichiarazione letta e contestata in udienza (si capisce facilmente perché, almeno per l'ipotesi del teste irretito o prezzolato). La sequenza normale dell'esame resta però, in ogni caso: domanda dell'esaminatore, risposta difforme o silenzio, contestazione della dichiarazione precedente, allegazione. Malgrado la giurisprudenza (*ex plurimis* Cass., Sez. III, 15 giugno 2010, n. 27582, R., in *C.E.D. Cass.*, n. 248052) e gran parte della dottrina ritengono non necessaria la previa contestazione, questa potrebbe essere omessa, in realtà, solo ove resa impossibile dal totale rifiuto del teste di deporre (G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 129).

⁹⁰ C. CESARI, voce *Prova*, cit., p. 718; conforme, V. MAFFEO, *Accordi sul fascicolo*, cit., p. 4105, nt. 7.

⁹¹ Ipotizza un accordo che segue ad una rinuncia alla *cross examination*; conforme A. SCAGLIONE, *Dichiarazioni procedurali*, cit., p. 67; P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 162, un accordo a seguito del rifiuto di deporre.

⁹² A. MACRILLÒ, *Consenso dell'imputato*, cit., p. 655.

⁹³ A sostegno di questa interpretazione si fa leva sul richiamo, nell'*incipit* del comma 7, all'ipotesi di cui al comma 4 laddove (in presenza di inquinamenti) il recupero del precedente non presuppone la contestazione: leggendo in modo combinato i

Seguendo l'impostazione secondo cui l'allegazione *ex art.* 500 comma 7 è consentita anche in sostituzione dell'esame, dovrebbe giocoforza ritenersi che la dichiarazione in tal modo introdotta nel processo diventi prova valutabile solo nella misura in cui non risulti una volontaria sottrazione del dichiarante all'esame, nel qual caso il valore a fini decisorio sarebbe limitato all'impiego *in utilibus* restando per il resto ostativo il divieto di cui all'art. 526 comma 1-bis⁹⁴.

Il testo del comma in parola non fornisce in effetti elementi decisivi per lo scioglimento della questione. Qualche utile indizio interpretativo della necessità di una escussione orale almeno iniziata si può rinvenire, però, oltre che nella rubricazione dell'articolo, nei passaggi in cui la disposizione - per individuare l'oggetto dell'acquisizione probatoria, sia nei casi di inquinamento della fonte sia in presenza di un accordo - fa riferimento alle «dichiarazioni»: nel fascicolo del p.m. non esistono *dichiarazioni*, bensì verbali, e l'estrapolazione dei singoli contenuti dichiarativi avviene attraverso la contestazione che l'esaminatore muove al testimone, a seguito della risposta ad una domanda. L'intera disciplina dell'art. 500 presuppone insomma un *esame* in corso, e dunque – quantomeno – *domande*⁹⁵.

In ogni caso, sebbene le norme consentano quasi tutte le variazioni esegetiche accennate⁹⁶, è preferibile – soprattutto per le considerazioni esposte nel paragrafo precedente – leggere questo comma 7 nel senso che l'acquisizione pattizia di verbali di sommarie informazioni sia consentita, solo ove un *esame* della fonte sulle circostanze oggetto delle

commi 4 e 7, se ne desumerebbe che l'acquisizione del verbale sia consentita anche in caso di sottrazione del testimone all'esame, ai sensi del comma 4 in presenza di condotte inquinanti, e – in ogni caso – ai sensi del comma 7 in presenza di un accordo (R. ADORNO, *Assunzione delle prove*, cit., p. 340)

⁹⁴ P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 162. Salvo che si voglia ritenere – inquadrando questi accordi all'interno delle fattispecie istruttorie che fanno eccezione al principio del contraddittorio, in virtù della previsione di cui all'art. 111 comma quinto Cost. – che il 'consenso dell'imputato' deroghi anche alla regola posta nella seconda parte del quarto comma dell'art. 111 in relazione alle dichiarazioni di chi si sottrae all'esame difensivo (*retro*, cap. III § 4).

⁹⁵ F.M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., p. 223. In relazione al caso dell'acquisizione dipendente dall'inquinamento della prova G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 129, afferma che l'acquisizione delle dichiarazioni a prescindere da una contestazione sarebbe giustificata solo in caso di rifiuto di rispondere.

⁹⁶ Non sembrano aver riscontro normativo né l'ipotesi di una rinuncia parziale alla prova ammessa e *in corso di acquisizione* (come si postula alludendo ad una rinuncia parziale alla *cross examination* del teste su alcune circostanze) perché non lo consente l'art. 495 comma 4-bis, né la rinuncia totale alla prova ammessa, accompagnata dalla acquisizione del verbale corrispondente, perché dopo le richieste di prova non è più applicabile l'art. 493 comma 3.

dichiarazioni investigative recuperate si sia effettivamente svolto, seppur con esiti scarsi o nulli.

Detto in altri termini, l'accordo serve qui per rimuovere *soltanto* la regola di esclusione che vieta l'uso a fini di prova delle dichiarazioni lette e contestate al testimone, così da consentire al giudice l'impiego in decisione del precedente difforme non solo per la critica della deposizione dibattimentale, ma quale prova delle circostanze affermate *illo tempore* dalla persona sentita nelle indagini.

La convergente volontà delle parti però non deroga a nessun'altra regola istruttoria: restano inalterate, in particolare, tutte le regole di escussione delle prove orali, inclusa la sequenza che secondo l'art. 500 consente alle parti di rievocare in sede di esame dibattimentale le dichiarazioni già rese dalla fonte fuori dal processo. Ove l'esaminato renda risposte difformi da quanto già dichiarato, viene incalzato dall'esaminatore davanti al giudice, attraverso la lettura e la contestazione del contenuto del verbale investigativo. Si tratta di uno schema generale, che andrebbe seguito, in quanto possibile, anche in presenza di pressioni inquinanti, nonostante il lassismo giurisprudenziale, ed è da osservare anche nel caso di cui ci stiamo occupando.

Alle parti, insomma, è concesso di accordarsi a fronte ai 'non ricordo', o in presenza di risposte difformi dalle dichiarazioni rese in fase di indagini⁹⁷. Le acquisizioni cartolari danno luogo a prove che si cumulano ai risultati della testimonianza dibattimentale, anche quando questi siano costituiti solo da reticenze, silenzi, o difformità rispetto alle quali non si è data adeguata giustificazione; il giudice valuterà i prodotti dell'esame dibattimentale congiuntamente alle dichiarazioni unilateralmente raccolte.

Questa ricostruzione spiega anche perché il legislatore, nell'introdurre la previsione nel corpo della disciplina sulle contestazioni, non abbia avvertito la necessità di ritoccare la previsione dell'art. 507 comma 1-bis, che prevede il potere-dovere del giudice di integrare le prove cartolari che le parti gli consegnino negoziando l'acquisizione di atti investigativi ai sensi degli artt. 431 e 493. La possibilità di integrazione officiosa è importante perché queste negoziazioni rispondono ad esi-

⁹⁷ E mentre in caso di inquinamenti l'acquisizione del verbale investigativo presuppone un controllo del giudice sull'effettiva presenza di interferenze, fuori da quest'ipotesi l'accordo tra le parti basta a giustificare il provvedimento di allegazione, che non richiede alcuna particolare verifica giudiziale (questo è il significato dell'inciso iniziale della disposizione «fuori dai casi di cui al comma 4»). Questo non vuol dire però che le parti concordi possano sovvertire *ad libitum* le regole della prova testimoniale.

genze tattiche dei contendenti, ognuno dei quali valuta la convenienza del patto rispetto alle proprie strategie, e può accadere così che al giudice venga consegnato materiale gnoseologicamente scadente⁹⁸.

Orbene, se a fronte di accordi *ex art. 500* il giudice non avesse voce in capitolo il sistema dei rapporti tra giudice e parti in materia probatoria presenterebbe una vistosa smagliatura, perché la necessità di un recupero dell'oralità alla quale le parti hanno rinunciato può presentarsi allo stesso modo che a fronte degli accordi stipulati in sede di formazione del fascicolo o di richieste di prova. Forse finanche più acutamente, considerando che in questo caso l'accordo interviene tardivamente dopo una iniziale richiesta di prova orale ed è particolarmente sospetto, dal punto di vista 'gnoseologico'.

E non solo: se non fosse consentito alcun intervento giudiziale, alle parti sarebbe data la possibilità di eludere, senza eccessive difficoltà, il meccanismo di "controllo" previsto dall'art. 507 comma 1-*bis*: basterebbe temporeggiare nella stipula dell'accordo acquisitivo, avanzare intanto una richiesta di prova orale, rinunciarvi poi, e solo allora accordarsi sull'acquisizione del verbale investigativo⁹⁹.

Ma se questi accordi hanno ad oggetto dichiarazioni relative a circostanze sulle quali si è già svolto un esame testimoniale, allora il metodo orale ha già espresso tutte le sue potenzialità, e in ogni caso il presidente potrà partecipare alla formazione della prova ponendo le domande consentite dall'art. 506, comma 2: è quanto basta al giudice per saggiare la attendibilità del dichiarante, o per chiedere i chiarimenti del caso; salvo il diritto delle parti di concludere l'esame, come avverte lo stesso art. 506.

Perciò appaiono prive di base normativa le prassi che consentono di pattuire acquisizioni in situazioni diverse da quelle da ultimo descritte, come nei casi in cui il testimone, comparso, non viene assoggettato all'esame incrociato perché le parti si 'accontentano' di acquisire i verbali delle indagini, oppure quando il teste non compaia affatto e le parti trovino 'conveniente' evitare ulteriori rinvii del dibattimento.

Se il legislatore, nella fattispecie interpolata nell'art. 500 (così come in quelle contenute negli artt. 431, 493 e 555) riconosce alle parti concordi di trasformare – senz'altro – l'atto investigativo in prova è perché il coagularsi della volontà delle parti sull'utilizzabilità dell'informazione extraprocessuale equivale alla formazione del dato attraverso il metodo dibattimentale, attestando che ognuna delle parti ritie-

⁹⁸ V. *infra*, cap. VII § 5.

⁹⁹ Segnala questo rischio L. MARAFIOTI, *Prova «negoziata»*, cit., p. 2946.

ne l'elaborazione dialettica della prova non sarebbe stata in grado di produrre risultati apprezzabilmente diversi ¹⁰⁰. Non avrebbero la medesima giustificazione gli 'accomodamenti' tollerati dalla prassi.

Nell'eventualità che, rispetto ad una esigenza istruttoria, l'osservanza del metodo probatorio dibattimentale risulti impossibile a causa dell'esercizio del diritto al silenzio di cui sia titolare il soggetto fonte di prova, la concorde volontà delle parti rileva ai fini di un'altra fattispecie di prova negoziata: la lettura concordata delle dichiarazioni dell'imputato in procedimento connesso, prevista dall'art. 513 comma 2 ¹⁰¹. In quel caso però – come si è detto – solo la struttura e i meccanismi di funzionamento del negozio processuale sono sovrapponibili agli accordi sul fascicolo, ma risulta profondamente diversa la *ratio*, tanto da farne un istituto *diverso* dagli accordi acquisitivi di cui agli artt. 431, 493, 555 (*retro* cap. III, § 4).

6. ACCORDI ACQUISITIVI NEL GIUDIZIO D'APPELLO

In forza dell'art. 598, a mente del quale, salvo quanto previsto espressamente per lo svolgimento del giudizio d'appello dagli artt. 599 e seguenti, «in grado d'appello si osservano in quanto applicabili, le disposizioni relative al giudizio di primo grado», si è ritenuto in dottrina che, nel giudizio di seconda istanza, alle parti vada riconosciuta la possibilità di concordare l'acquisizione al fascicolo del giudizio di appello di atti appartenenti al fascicolo del pubblico ministero ¹⁰². Sono infatti operative in appello tutte quelle previsioni contenute nell'art. 493 che risultino, per un verso, applicabili alla disciplina del giudizio di appello e, per altro verso, non configgenti con la specifica disciplina dettata per l'appello ¹⁰³.

L'operatività dell'art. 493 comma 3 viene postulata anche a prescindere dalla circostanza che uno degli appellanti abbia richiesto, nell'atto di impugnazione o in motivi aggiunti, che si dia luogo a «rinno-

¹⁰⁰ G. GIOSTRA, *Quale contraddittorio*, cit., p. 199.

¹⁰¹ Ove l'imputato in procedimento connesso *ex* art. 210 si avvalga della facoltà di non rispondere, il rimedio per recuperare informazioni che altrimenti andrebbero perdute non è nella contestazione, ma nella lettura su accordo delle parti *ex* art. 513 (norma speciale rispetto all'art. 500 comma 7).

¹⁰² I. PARDO, *Il processo penale d'appello*, cit., p. 216.

¹⁰³ In questa prospettiva, non sarebbe, ad esempio, applicabile la disposizione di cui al primo comma dell'art. 493, che affida a ciascuna delle parti l'esposizione d'esordio, sostituita dalla 'relazione della causa' *ex* art. 602 comma 1.

vazione dell'istruzione dibattimentale» *ex art.* 603¹⁰⁴. Sebbene la giurisprudenza non si sia mai pronunciata sul punto, è da ritenere che l'acquisizione concordata di un atto appartenente al fascicolo investigativo in appello – introducendo nel procedimento informazioni non discusse dalle parti, né considerate dal giudice nel giudizio di primo grado – non possa non essere considerata prova nuova ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 603, e perciò debba essere consentita entro i limiti nei quali è ammessa la rinnovazione dibattimentale¹⁰⁵.

Un'altra ipotesi di accordo acquisitivo potrebbe avvenire a margine dell'escussione di una fonte orale – qui postuliamo già disposta una rinnovazione dell'istruzione dibattimentale *ex art.* 603 – ove le parti ritengano di sottoporre alla valutazione della Corte d'appello il verbale contenente le dichiarazioni rilasciate in fase d'indagine, avvalendosi della possibilità offerta agli escussori nel dibattimento di prime cure dall'art. 500 comma 7. In verità, alla applicabilità della disposizione nel giudizio d'appello – che in base a quanto dispone l'art. 598 è una condizione sempre necessaria perché possa utilmente invocarsi l'estensione delle norme sul giudizio di primo grado – osterebbe l'assenza di un «fascicolo del pubblico ministero», ma se nella giurisprudenza di legittimità la circostanza non è sembrata in grado di impedire l'applicazione della disciplina generale delle «contestazioni nell'esame testimoniale» di cui all'art. 500, gli argomenti e la conclusione non possono non valere, se esatti, anche per le allegazioni previste dal settimo comma della disposizione citata: quel fascicolo – hanno osservato i giudici di legittimità – è nella disponibilità giuridica di tutte le parti; le parti private hanno diritto di copia, il procuratore generale può acquisirne la disponibilità materiale¹⁰⁶. Non si vedono motivi per negare alle parti la possibilità di integrare, anche in questo modo, le prove acquisite in prime cure.

¹⁰⁴ Così pure opererebbe, rispetto alle acquisizioni concordate, il potere istruttorio integrativo, in funzione di recupero di oralità, assegnato al giudice dibattimentale dall'art. 507 comma 1-*bis* (I. PARDO, *Il processo penale d'appello*, *loc. cit.*) che verrebbe a configurare, esercitato dalla Corte d'appello, una rinnovazione istruttoria officiosa *extra ordinem* (I. PARDO, *Il processo penale d'appello*, *loc. cit.*).

¹⁰⁵ Sarebbe prova nuova anche il recupero tardivo di un atto proveniente dal fascicolo investigativo ma che avrebbe dovuto far parte *ex lege* del materiale informativo considerato nel primo giudizio (in quanto appartenente alle tipologie degli atti 'destinati' alla decisione) ed erroneamente trascurato per errore o svista del giudice, non rimediata a tempo debito dalle parti (in argomento v. *retro*, cap. II § 12).

¹⁰⁶ «Sia in vista dell'udienza fissata per la rinnovazione del dibattimento di secondo grado, sia chiedendo all'uopo apposita sospensione ai sensi dell'art. 603 comma 6 c.p.p.» (Cass., Sez. III, 3 giugno 1993, Tettamanti, in *Cass. pen.*, 1995, p. 79).

CAPITOLO VI

OGGETTO DEGLI ACCORDI

SOMMARIO: 1. Atipicità delle acquisizioni concordate. – 2. Accordi acquisitivi e modalità di documentazione degli atti. – 3. La provenienza degli atti. Gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero. – 3.1. La «documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva». – 4. Atti inutilizzabili. – 5. Atti nulli.

1. ATIPICITÀ DELLE ACQUISIZIONI CONCORDATE

La genericità della formula impiegata dall'art. 431 comma 2 e dalle previsioni gemelle nel descrivere l'oggetto degli accordi in discorso consente di affermare che, in linea di principio, qualsiasi atto appartenente al fascicolo del p.m. o relativo ad attività di investigazione difensiva possa essere consensualmente annesso al fascicolo dibattimentale.

Poche sono le limitazioni che è lecito desumere dal testo normativo: una riguarda l'inconfigurabilità di accordi acquisitivi che cadano – anziché su «atti» – su porzioni di atti. Non occorre ritenere queste pattuizioni come fattispecie istruttorie previste dalla legge ordinaria in deroga al principio costituzionale della formazione della prova in contraddittorio per escludere letture estensive o operazioni analogiche¹: si tratta comunque di previsioni che aprono breccie allo sbarramento posto tra le fasi del procedimento dal congegno della doppia fascicolazione, per le quali il rispetto del sistema impone un'interpretazione *stricta*.

Un altro limite è ravvisabile, seppure meno agevolmente: quando parlano di atti le disposizioni normative consentono di riferire i concordati ad un atto, o a più atti, o anche ad una serie di atti, ma (come si è detto: *retro*, cap. III § 5.5) si può escludere che siano davvero rispettose delle previsioni di legge (benché non ignote alla prassi) le pattui-

¹ C. CESARI, voce *Prova (acquisizione della)*, cit., p. 717.

zioni *omnicomprensive*, che riguardino indistintamente l'intero fascicolo investigativo.

Altri limiti oggettivi non paiono individuabili. In assenza di specificazioni normative, è anzitutto evidente che la possibilità di acquisizioni negoziate prescinda sia dalla tipologia dell'atto che dal suo contenuto o dalle modalità di compimento (è irrilevante, ad esempio, che l'atto sia tra quelli garantiti).

Viene così superata la tassatività delle categorie di atti d'indagine ammessi a transitare nel fascicolo dibattimentale.

Le parti possono pattuire l'annessione di atti non riconducibili alle categorie elencate dall'art. 431 comma 1, come un verbale di sommarie informazioni, oppure di atti che, pur astrattamente appartenenti ad una di quelle classi, siano in concreto mancanti di qualche requisito, e pertanto esclusi dalla griglia normativa: si pensi ad atto compiuto per rogatoria estera, ma in modo non 'garantito' ai sensi della lett. f)².

E non solo. L'assenza di requisiti contenutistici infrange anche la tassatività delle letture consentite dal fascicolo del pubblico ministero. Le parti possono superare le stringenti condizioni in presenza delle quali il codice subordina tali letture, pattuendo, ad esempio, l'acquisizione di sommarie informazioni divenute irripetibili per causa non-imprevedibile, o di dichiarazioni investigative rese dall'imputato o da imputati in procedimento connesso, a prescindere dalla praticabilità dell'esame orale. Una volta che simili materiali siano penetrati tra gli «atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento», il giudice, ai sensi dell'art. 511, dovrà disporne la lettura anche *ex officio*.

È stato giustamente notato come il nuovo istituto affievolisca il nesso tra la recuperabilità delle informazioni irripetibili e l'onere, posto alla parte interessata ad una prova pericolante, di chiedere l'anticipata acquisizione in contraddittorio: «il debole ingranaggio che unisce l'istituto delle letture consentite ai sensi dell'art. 512 c.p.p., e i casi di cui all'art. 392 c.p.p.» non ruota più quando, in presenza di un'irripetibilità prevedibile, chi avrebbe dovuto chiedere incidente probatorio e non l'ha fatto, si procura il consenso della controparte all'inserimento del verbale investigativo nel fascicolo ufficiale³. In definitiva, possia-

² L'esempio è di H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 137, che aggiunge anche il caso dei documenti acquisiti all'estero ma non a seguito di rogatoria. In argomento, v. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 934; S. BUZZELLI, *Fascicolo dibattimentale "negoziato"*, cit., p. 393.

³ S. BUZZELLI, *Fascicolo dibattimentale "negoziato"*, cit., p. 393. Analoga deroga al sistema delle letture consentite si verifica quando sia pattuita l'annessione al fascicolo ufficiale delle sommarie informazioni acquisite dalla persona residente all'estero

mo dire che gli accordi acquisitivi costituiscono una deroga al generale divieto di lettura degli atti d'indagine posto dall'art. 514; per la precisione, incrementano i casi di 'lettura obbligatoria' (*ex art. 511*), già previsti come eccezioni al predetto divieto.

La dottrina ha tuttavia rintracciato nei documenti una tipologia di atti esclusa dal possibile oggetto delle pattuizioni sul contenuto del fascicolo (art. 234)⁴. Per questi ultimi, si è detto, l'acquisizione non necessita di accordo, essendo sufficiente che la parte interessata li produca in dibattimento, esibendoli a giudice e parti, e richiedendone l'ammissione ai sensi dell'art. 493, e la tesi sembra condivisibile.

Per la precisione, un patto su documenti sembra, prima che inutile, escluso dal testo normativo: se in astratto i documenti probatori sono 'atti', nel lessico del codice quest'ultimo termine si trova spesso giustapposto a quello di «documenti» (si pensi all'art. 515), ciò che consente di affermare che il riferimento normativo all'annessione concordata di «atti» escluda i reperti documentali. Similmente, l'uso del termine «documentazione relativa all'investigazione difensiva» solo a fatica può riferirsi ai documenti reperiti e prodotti dal difensore.

Ma, soprattutto, la *ratio* degli accordi sul fascicolo si adatta male o per nulla alle prove documentali: come s'è visto, il codice ha disciplinato queste allegazioni in maniera da sottrarre ad un controllo giudiziale preventivo di ammissibilità probatoria i materiali che ne siano oggetto. Come s'è detto, il vaglio preventivo di ammissibilità delle prove richieste dalle parti non risponde soltanto a ragioni di economia del lavoro dibattimentale, ma garantisce anche l'igiene del materiale decisivo, evitando che la decisione sia inutilmente complicata da una iperselezione probatoria. Orbene, la rinuncia al vaglio preventivo di ammissibilità delle prove prodotte dalle parti appare tollerabile e tollerato dal sistema soltanto in vista del beneficio economico consistente nel risparmio dei tempi e delle energie necessarie alla formazione della prova in modo dialettico; quando però un tale vantaggio sia assente, come accadrebbe in relazione alla acquisizione concordata di documenti, parrebbe irragionevole escludere il filtro giudiziale di ammissibilità⁵.

non citata a deporre in dibattimento, come presuppone invece l'art. 512-*bis* (lo segnala F. CAPRIOLI, sub *Artt. 25-26 l. 16 dicembre 1999*, n. 479, cit., p. 295).

⁴ S. FIFI, voce *Fascicoli processuali*, cit., p. 512; R. MAGI, *Accordi sulla prova*, cit., p. 136.

⁵ È appena il caso di notare che, rispetto a documenti consensualmente acquisiti, in udienza preliminare o negli atti introduttivi al dibattimento, sarebbe ridondante la previsione di cui all'art. 495 comma 3, a mente del quale, prima che il giudice provveda all'ammissione di un documento, questo sia messo a disposizione delle parti per

Ad una conclusione non diversa deve pervenirsi rispetto a materiali che costituiscono sostanzialmente ‘prova documentale’ quanto a valore probatorio, ancorché siano trattati, quanto a procedimento acquisitivo, in modo parzialmente differente dai documenti: i verbali relativi ad atti compiuti in seno a procedimenti penali diversi. Ancorché questi atti possano confluire (anche in copia) nel fascicolo del p.m. o nel sotto-fascicolo del difensore attraverso i canali di scambio tra uffici investigativi di cui agli artt. 116, 117 e 371, ciò non assimila tali materiali agli atti d’indagine compiuti in seno al procedimento *ad quem*, neppure ai fini di una loro acquisibilità convenzionale⁶. Cosicché essi dovrebbero restar fuori dal raggio d’azione degli accordi sulla composizione del fascicolo ed assumeranno valore di prova nel procedimento d’importazione solo dopo aver superato – alla pari dei documenti *ex art.* 234 – il consueto vaglio ammissivo dibattimentale *ex art.* 495⁷.

2. ACCORDI ACQUISITIVI E MODALITÀ DI DOCUMENTAZIONE DEGLI ATTI

L’indeterminatezza dell’ambito oggettivo degli accordi sul fascicolo altera il sistema quanto al nesso tra la *forma di documentazione* degli atti investigativi e la loro spendibilità processuale. Si tratta di un aspetto rimarchevole: il nostro codice non è affatto indifferente alle modalità di documentazione degli atti posti in essere nella fase pre-processuale, dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero, dal difensore, e non manca di contemplare particolari forme di documentazione, ancorché più ‘leggere’ rispetto a quelle imposte alle attività processuali, e differenziate a seconda dell’operante e della natura dell’atto⁸.

eventuale esame; quest’ultima disposizione postula, evidentemente, la produzione unilaterale della prova documentale.

⁶ *Retro*, cap. III § 10.

⁷ Ritene invece patteggiabile l’allegazione di verbali allogeni R. ADORNO, *Ammissione delle prove*, cit., p. 141, tutte le volte in cui tali atti siano privi dei requisiti previsti dall’art. 238 commi 1, 2, 2-bis e 3 (ad es., il verbale alieno di accertamenti tecnici ripetibili *ex art.* 359) e al di fuori dei casi in cui è sufficiente il mero consenso di un imputato a rimuovere l’ostacolo alla loro ammissione (l’art. 238 comma 4 subordina al consenso unilaterale dell’imputato la mera «utilizzazione» dibattimentale dei verbali di dichiarazioni, sul presupposto che almeno un coimputato – o l’unico imputato – abbia già consentito all’«ammissione» degli stessi).

⁸ Mentre per gli atti del processo è sempre imposta la documentazione mediante verbale (art. 134), con l’unica variante della forma riassuntiva, per le indagini esistono tre diversi moduli documentali: ‘verbale’ (integrale o sintetico), ‘annotazione’, registrazione videofonografica. Per il pubblico ministero quello ordinario è il verbale riassuntivo, e l’annotazione è permessa solo per gli atti «a contenuto semplice o di limitata rilevanza» (art. 373 comma 3), mentre le attività poliziesche possono essere normal-

In ogni caso, a prescindere dal contenuto dell'attività e dal soggetto procedente, è sempre prescritta la redazione di processo verbale per alcune categorie di atti, destinati per legge ad essere inseriti nel fascicolo processuale, ovvero suscettibili di esservi inclusi nel corso del dibattimento, a seguito di contestazione o lettura. Il rigore formale è proporzionale alle possibili valenze del protocollo: maggiore per quelli fruibili in chiave probatoria, affievolito per gli atti che tornano utili solo come premesse di ulteriori attività investigative o per l'assicurazione di fonti di prova.

Il verbale assicura 'imparzialità' alla documentazione, poiché il redigente descrive tutto ciò che è stato fatto, constatato o avvenuto in sua presenza, mentre nell'annotazione «può avvenire che determinati fatti o circostanze, magari più favorevoli all'indagato, vengano omessi, diversa essendo la prospettiva di chi annota ai fini delle indagini rispetto a quella di chi annota ai fini della difesa»⁹; inoltre, la completezza della documentazione garantisce a parti e giudice la possibilità di controllare la sussistenza dei presupposti di legittimità dell'atto e la regolarità del suo espletamento¹⁰. Il verbale sopperisce alla 'ontologica' imperfezione di un atto compiuto in assenza delle «garanzie epistemologiche tipiche della fase del giudizio»¹¹.

Orbene, è evidente che la 'liberalizzazione' degli afflussi investigativi all'incartamento ufficiale comporta un abbassamento del tasso di formalismo nel materiale che, alla fine del dibattimento, il giudice porterà con sé nella camera di consiglio: l'accordo tra le parti può immettere nel corredo istruttorio del giudice atti per i quali sono previste modalità di documentazione poco garantite, data la loro naturale destinazione ad impieghi endoprocedimentali: relazioni di servizio, annotazioni di attività 'atipiche' di polizia giudiziaria¹². Non a caso, l'art. 431

mente 'annotate'. In ogni caso, a prescindere dal tipo di attività e dal soggetto procedente, è sempre prescritta la redazione di verbale per alcune categorie di atti, destinati per legge ad essere inseriti nel fascicolo processuale, ovvero suscettibili di esservi inclusi nel corso del dibattimento, a seguito di contestazione o lettura.

⁹ G. ICHINO, *Gli atti irripetibili*, cit., p. 153.

¹⁰ Il nesso tra le forme di documentazione degli atti d'indagine ed il loro impiego dibattimentale esprime dunque «una precisa opzione di metodologia selettiva» (C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., p. 250).

¹¹ G. LO VECCHIO, *Spunti in tema*, cit., p. 626. Il verbale consente, tra l'altro, al giudice ed alle parti di controllare che l'operante abbia rispettato, nel porre in essere l'atto e nella sua concreta esecuzione, le condizioni poste dalla legge (P. MOSCARINI, voce *Processo verbale*, cit., p. 1).

¹² A. SCELLA, *La formazione in contraddittorio*, cit., p. 438, secondo il quale «le parti possono convenire di acquisire al fascicolo ogni atto appartenente al *dossier* del pubblico ministero, a prescindere dal fatto che in relazione ad esso sia stato redatto

comma 2 e le fattispecie gemelle fanno riferimento agli «atti» appartenenti al fascicolo del pubblico ministero e alla «documentazione» relativa alle indagini difensive, senza far cenno alle modalità di documentazione degli stessi.

Questo aspetto ha destato una certa preoccupazione, ed in effetti bisogna riconoscere che l'accordo delle parti non necessariamente compensa la minore affidabilità della documentazione: i 'moventi' della stipulazione possono ben prescindere dalla fedeltà del documento; né l'accordo elide il dovere del giudice di controllare la 'legalità' dell'atto incluso. Il giudicante, di certo, dovrà valutare con circospezione un atto sbrigativamente riprodotto, e considerare attentamente l'opportunità di disporre anche *ex officio* l'escussione dell'operante, fosse anche soltanto per verificare la sussistenza delle condizioni di legittimità dell'atto.

L'indifferenza dei negoziati sul fascicolo rispetto alla documentazione degli atti va ulteriormente precisata: assodato che tali convenzioni possano immettere nel compendio decisorio finanche le note poliziesche¹³, resta ancora da verificare se l'acquisizione concordata possa riguardare anche atti documentati in modo meno garantito rispetto a quanto previsto per legge.

Sembra corretto affermare che – in linea di massima – l'attestazione di un atto investigativo secondo una modalità diversa da quella legalmente prevista, è processualmente indifferente; nel senso che l'infrazione, pur costituendo una circostanza disciplinarmente rilevante *ex art.* 124¹⁴, non inficia la validità dell'atto. Non convince la tesi che prospetta l'inutilizzabilità degli atti male attestati, ravvisando nell'«obbligo di verbalizzare determinati atti» un divieto probatorio indi-

verbale o sia stata effettuata una semplice annotazione»; S. BUZZELLI, *Il fascicolo negoziato*, cit., p. 392; M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, p. 191. A rigore, la relazione di servizio rientra tra gli *interna corporis* investigativi attraverso i quali l'operatore di polizia riferisce al 'superiore' delle attività compiute (L. D'AMBROSIO - P.L. VIGNA, *La pratica*, cit., p. 120), tuttavia esso vale quanto un'annotazione, ove ne possieda i requisiti (enucleabili dall'art. 115 disp. att.).

¹³ L. FANULI, *Inutilizzabilità e nullità della prova*, cit., p. 94: «potranno essere acquisite annotazioni di p.g., informative di reato, relazioni di servizio, accertamenti tecnici posti in essere da ausiliari della p.g.».

¹⁴ Per gli operatori di polizia rileva altresì l'art. 16 disp. att., che commina sanzioni disciplinari in relazione a qualsiasi violazione di «disposizione di legge relativa all'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria»; per i difensori la previsione di cui all'art. 391-bis comma 6, secondo la quale la violazione della disciplina normativa sulla raccolta di dichiarazioni a scopo difensivo «costituisce illecito disciplinare ed è comunicata dal giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare».

retto, ossia «un divieto di documentazione degli stessi in forma diversa e meno garantita»¹⁵.

Non è possibile dunque liquidare la questione del rapporto tra documentazione irrituale e accordi tra le parti rilevando come nessuna convenzione possa incidere sulla invalidità degli atti d'indagine¹⁶: l'assunto di partenza è infatti da rifiutare, per due ordini di motivi. In primo luogo, e in via generale, se la 'inutilizzabilità' derivante dalla violazione delle regole di esclusione probatoria non richiede comminatorie espresse, soccorrendo la previsione generale di cui all'art. 191, che vale per tutti i «divieti stabiliti dalla legge», la medesima sanzione può conseguire all'inosservanza di prescrizioni positive circa l'ammissione o l'assunzione della prova solo in presenza di una – esplicita – comminatoria speciale¹⁷. D'altra parte, proprio l'esistenza di disposizioni che sanzionano specifiche ipotesi di trasgressione degli obblighi documentali¹⁸ dimostra che, ove manchi un'espressa comminatoria di inutilizzabilità e non ricorra alcuna ipotesi di nullità generale di cui all'art. 178, l'irritualità della documentazione rimane priva di effetti¹⁹.

¹⁵ A. SCAGLIONE, *Dichiarazioni procedimentali*, cit., p. 79; Id., *L'attività di iniziativa*, cit., p. 198; C. VALENTINI, *Divieto di testimonianza indiretta*, cit., p. 1384; G. CHIARLONI, *Una discutibile pronuncia*, cit., c. 116; S. LORUSSO, *Considerazione in tema di utilizzabilità*, cit., p. 1887; G. DE STEFANO, *Colloqui registrati dalla p.g.*, cit., p. 1266; V. BALESTRINI, *Mancata verbalizzazione*, cit., p. 889; L. CECCHINI, *Sull'utilizzabilità in sede cautelare*, cit., c. 157. In giurisprudenza v. Trib. Brindisi, 24 maggio 2001, Palmisano, in *Giur. merito*, 2001, II, p. 1371; Cass., Sez. VI, 1° aprile 2003, Casaburro, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3672.

¹⁶ In tal senso conclude invece A. SCAGLIONE, *Dichiarazioni procedimentali*, cit., p. 79; Id., *L'attività di iniziativa*, cit., p. 198.

¹⁷ Ricavano tale conclusione proprio dalla formula impiegata nell'art. 191 («violazione dei divieti stabiliti dalla legge») A. NAPPI, *Guida al codice*, cit., p. 184; P. TONINI, *Il valore probatorio dei documenti*, cit., p. 2216; *contra*, ma problematicamente, M. NOBILI, sub *Art. 191*, cit., p. 411.

¹⁸ La riproduzione fonografica o audiovisiva degli interrogatori di persone *in vincolis* (art. 141-bis) è prevista a pena di inutilizzabilità; inutilizzabili pure le intercettazioni, quando si sia omessa la verbalizzazione delle operazioni (artt. 268 comma 1 e 271 comma 1) nonché le dichiarazioni ricevute e informazioni assunte dal difensore e non verbalizzate a norma dell'art. 391-ter (art. 391-bis comma 6).

¹⁹ G. REYNAUD, *Documentazione degli atti*, cit., p. 138. In giurisprudenza l'assunto è largamente maggioritario: v. Cass., Sez. II, 29 novembre 1999, Lanzillotta, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 888; Cass., Sez. IV, 23 novembre 1999, Cappello, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1862; Cass., Sez. I, 30 giugno 1999, Santoro, in *C.E.D. Cass.*, n. 214017; Cass., 4 marzo 1998, Bodilli, in *Cass. pen.*, 2000, p. 127; Cass., Sez. I, 1° luglio 1994, Agostino, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 309; Cass., 18 giugno 1991, Gazzia, in *Cass. pen.*, 1992, p. 92. Del resto, una volta accolto l'assunto secondo cui l'obbligo di verbalizzazione 'vieta' di documentare gli atti in modi meno garantiti non sarebbe difficile giungere a sostenere che l'utilizzabilità dell'atto risulti inficiata anche dall'a-

In secondo luogo, e con specifico riferimento al tema della documentazione degli atti, la dottrina ha ben chiarito come «solo un'espressa disposizione normativa può attribuire alla documentazione un'incidenza sull'esistenza giuridica e sulla validità dell'atto documentato, disciplinandola come se fosse parte della stessa esternazione dell'atto»²⁰. Se si tengono distinte la 'esternazione', scritta od orale, di un atto («strumento di cui si avvale l'autore per manifestare e rendere conoscibile l'atto nel momento in cui lo compie») dalla 'documentazione' dell'atto stesso («strumento attraverso il quale l'atto è conservato») appare evidente che le forme di documentazione possono incidere sulla validità dell'atto solo quando la legge, considerando essenziale la documentazione ai fini dell'esistenza giuridica dell'atto, «la disciplina come fosse anch'essa parte della sua forma di esternazione necessaria»²¹.

Inappagante pare altresì la tesi che ricostruisce l'incidenza della documentazione degli atti d'indagine sulla loro efficacia, sulla falsariga della cosiddetta 'inutilizzabilità fisiologica'. Secondo quest'impostazione, alquanto diffusa in dottrina e giurisprudenza, la violazione delle norme in tema di documentazione, pur non determinando nullità né inutilizzabilità (patologica) degli atti, inciderebbe ciò nonostante sulla loro spendibilità in chiave probatoria poiché, quando le norme che prevedono l'impiego processuale di atti compiuti durante le indagini (attraverso l'inserimento originario nel fascicolo o la loro allegazione a seguito di lettura) fanno riferimento alla loro veste documentale («verbal di atti»), e l'acquisizione di un atto non verbalizzato, in quanto difforme dalla figura legale di procedimento probatorio, incaperebbe nella sanzione che l'art. 526 commina alle prove che non siano state «legittimamente acquisite nel dibattimento»: l'inutilizzabilità a fini decisori²².

L'annotazione di un atto che avrebbe dovuto essere attestato tramite verbale renderebbe l'atto stesso inidoneo all'uso in chiave 'de-

dozione di un qualsiasi modulo documentale diverso e meno garantito di quello normativamente previsto, e finanche dall'imperfetta attuazione del metodo documentale prescelto (per esempio, dalla scorretta redazione di un verbale: artt. 134 ss. c.p.p.). Simili deduzioni – peraltro contraddette dalla previsione che limita l'effetto invalidante alla mancanza di sottoscrizione dell'autore del documento e l'assoluta incertezza delle persone intervenute all'atto (art. 142) – sarebbero eccessive, e discordanti rispetto al canone di 'adeguatezza', al quale è improntata la disciplina della documentazione degli atti processuali.

²⁰ A. NAPPI, voce *Documentazione*, cit., p. 168.

²¹ A. NAPPI, voce *Documentazione*, cit., p. 168.

²² P.P. RIVELLO, *La struttura, la documentazione*, cit., p. 210 ss.

cisoria'²³. Siccome l'art. 431 comma 1 – disposizione eccezionale, e dunque di stretta interpretazione – contempla infatti l'annessione dei «verbali» degli atti irripetibili o di quelli compiuti per rogatoria²⁴, la violazione delle norme sulla documentazione priverebbe l'atto di parte di quella efficacia 'privilegiata' che la legge in astratto gli assegna, impedendogli di filtrare direttamente tra gli atti utilizzabili per la decisione.

Sembra un esito severo ma ragionevole: l'informazione investigativa non sarebbe irrimediabilmente dispersa, visto che la parte interessata a somministrarla al giudice può sempre richiedere l'esame dibattimentale dell'operante, affinché lo stesso rievochi l'atto compiuto, avvalendosi, se necessario, del protocollo cartaceo in aiuto alla memoria (artt. 499 comma 5 e 514 comma 2).

Ove tale ricostruzione fosse esatta, dovremmo ammettere che la possibilità oggi riconosciuta alle parti concordi di annettere al *dosier* processuale qualsiasi «atto» comunque documentato, effettivamente introduce variabili sinora inedite nel rapporto tra documentazione e spendibilità probatoria degli atti d'indagine, potendo far strada nel processo ad atti dei quali sia stata omessa la doverosa verbalizzazione.

Del resto, se il *deficit* documentale impedisce all'atto di superare la barriera tra le fasi, confinando lo stesso nel fascicolo del p.m., la possibilità che l'accordo neutralizzi la violazione consentendo alla nota di transitare nel fascicolo processuale, sarebbe coerente rispetto alla funzione tipica delle stipulazioni probatorie, che tendono appunto a superare la cesura tra atti delle indagini e prove.

²³ La diversità tra le due forme di documentazione risiede, principalmente, nel fatto che: a) solo la prima prevede la formazione del documento contestualmente al compimento dell'atto o «immediatamente dopo», solo quando «insuperabili circostanze, da indicarsi specificamente» impediscano la documentazione contestuale (art. 373 comma 4); b) il verbale è letto e sottoscritto da tutte le persone intervenute all'atto (art. 137), a 'convalida' dell'attestazione, mentre la nota è sottoscritta dal solo soggetto redigente.

²⁴ L'assunto secondo cui gli atti irripetibili informalmente attestati restano nel fascicolo del p.m., assoggettati alla relativa disciplina è sostenuto da un largo fronte dottrinale: v. M. NOBILI, *Concetto di prova*, cit., c. 285; A. NAPPI, voce *Documentazione*, cit., p. 165; C. CESARI, *L'irripetibilità*, cit., p. 61; G. ICHINO, *Gli atti irripetibili*, cit., p. 153; S. CORBETTA, sub *Art. 511*, cit., p. 2270; G. FRIGO, sub *Art. 431*, cit., p. 725; G. GARUTI, *La verifica dell'accusa*, cit., p. 317; R. KOSTORIS, sub *Art. 431*, cit., p. 1780; V. ANDRIANI, *Sull'utilizzabilità*, cit., p. 1273; C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., p. 62, nt. 99; P. FELICIONI, *Le ispezioni*, cit., p. 404. In giurisprudenza, v. per tutte Cass., Sez. I, 3 febbraio 1993, Sirsi, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1879 e Cass., Sez. IV, 10 settembre 1996, Mastrorosa, in *C.E.D. Cass.*, n. 208780.

Sinora la negligenza dell'indagante avrebbe potuto essere 'rimediata' dal p.m. solo attraverso la citazione dell'operante in dibattimento e la sua deposizione orale; la documentazione cartacea avrebbe potuto avere, al più, un ruolo ausiliario rispetto a tale testimonianza (*ex artt.* 499 comma 5 e 514 comma 2). Oggi, invece, un eventuale accordo acquisitivo consentirebbe un recupero 'semplificato' dell'atto irripetibile informalmente documentato, anche a prescindere dall'audizione del funzionario di polizia. In tal caso sarebbe piuttosto la deposizione orale di quest'ultimo, eventualmente richiesta da una parte o disposta *motu proprio* dal giudice (art. 507 comma 1-bis), ad 'integrare' la prova cartolare, così compensando il *deficit* di affidabilità derivante dalla sommarietà dell'attestazione.

Seguendo quest'impostazione, si dovrebbe poi ritenere che un atto male documentato non possa essere acquisto al fascicolo in corso di dibattimento a seguito di lettura, quando tale possibilità sia prevista in relazione a «verbal» (artt. 511-bis, 512-bis, 513), mentre il recupero probatorio sarebbe possibile nella situazione contemplata dall'art. 512 (che parla di «atti»²⁵), e in quelle disciplinate dagli artt. 500 e 503 (che riguardano «dichiarazioni»). In altre parole, se l'atto d'indagine, pure irritualmente attestato, riesce utile all'interno della fase in cui è formato, come spunto investigativo o giustificazione di provvedimenti cautelari o intercettazioni, e può sorreggere decisioni rese a seguito di riti negoziali, ne risulterebbero al contrario preclusi gli impieghi 'dibattimentali'²⁶ (salva, secondo qualcuno, la possibi-

²⁵ A. NAPPI, voce *Documentazione*, cit., p. 168, trova giustificato che l'art. 512 non esiga la verbalizzazione in quanto, nella fattispecie *de qua*, l'allegazione al fascicolo avviene in maniera del tutto imprevedibile (anche) da parte del suo autore, al quale il rispetto dell'obbligo sarebbe inesigibile. In dottrina non è tuttavia mancato chi ha ritenuto inappagante la soluzione e si è sforzato di trovare argomenti per sostenere la inammissibilità di una lettura *ex art.* 512, di atti non verbalizzati: occorrerebbe mantenere allineate la disciplina del recupero probatorio degli atti congenitamente irripetibili (art. 431 comma 1) e quella degli atti divenuti accidentalmente ripetibili (G. ICHINO, *Gli atti irripetibili*, cit., p. 161); dalla «omogeneità funzionale tra artt. 431 e 512» si desumerebbe un binomio ineludibile irripetibilità-verbalizzazione, «cui è condizionato il passaggio del materiale d'indagine nell'alveo delle conoscenze utili a fini decisorio»; nei testi normativi non mancherebbero tracce favorevoli a questa tesi: l'art. 515 prevede l'allegazione dei «verbal» dei quali sia stata data lettura (C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., p. 251). Per quanto siano condivisibili le preoccupazioni sottese a tale opzione esegetica, non sembrano argomenti robusti: ben più significativo il dato contrario, fornito dalla formulazione testuale della norma.

²⁶ Cass., Sez. IV, 3 settembre 1996, Persichino, in *Cass. pen.*, 1998, p. 556; Cass., Sez. I, 20 aprile 1999, Perreca, in *C.E.D. Cass.*, n. 213687; G.i.p. Trib. Reggio Calabria, 18 luglio 1995, Mafrici, in *Cass. pen.*, 1996, p. 331; Cass., Sez. I, 12 ottobre

lità di 'contestare' il contenuto dell'atto in sede di esame testimoniale²⁷).

Senonché, come si è anticipato, la ricostruzione del difetto documentativo in termini di inutilizzabilità fisiologica dell'atto pare inappagante: in fondo, garantisce poco e porta ad esiti difficilmente giustificabili.

Iniziamo dalle incongruenze: anzitutto, il predicato della 'irripetibilità congenita' è riferibile anche ad attività per le quali non è prevista verbalizzazione ('osservazioni', 'pedinamenti' e simili) e che dovrebbero esser lasciate fuori dal fascicolo dibattimentale se intendessimo in senso tecnico la locuzione «verbalì» di cui all'art. 431²⁸. Inoltre, occorre notare che la previsione di cui all'art. 512, genericamente riferita agli «atti», risulti applicabile (non soltanto oltre che agli atti per cui la legge non prevede obbligo di verbale²⁹, ma anche) in relazione agli atti per i quali la verbalizzazione, pur prevista, sia in concreto mancata³⁰.

Ebbene, non sembra del tutto ragionevole un regime secondo cui l'inosservanza delle prescrizioni di cui all'art. 357 comma 2, precluda

1994, Savignano, in *Foro it.*, 1996, II, c. 241 (in relazione alle risultanze di una individuazione soltanto annotata in una relazione di servizio); Cass., Sez. II, 20 febbraio 1991, Ascione, in *C.E.D. Cass.*, n. 186557.

²⁷ Ritieni che «per le contestazioni non si esige la forma del verbale» F.M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., p. 189; G. REYNAUD, *Documentazione degli atti*, cit., p. 139. Secondo un'altra ricostruzione, la contestazione di dichiarazioni annotate sarebbe possibile soltanto a fini di critica della deposizione dibattimentale senza che la dichiarazione letta e contestata possa assumere valore di prova dei fatti affermati (D. POTETTI, *Alcune rilevanti considerazioni*, cit., p. 2618).

²⁸ Cass., Sez. II, 26 marzo 1997, Baldini, in *Cass. pen.*, 1999, p. 249, nonché di recente Cass., Sez. V, 17 marzo 2004, Puce, in *Foro it.*, 2005, II, c. 244, secondo cui la raccolta delle impronte digitali ad opera della p.g. è attività irripetibile, e la relazione di servizio della p.g. che concerne tale raccolta può essere acquisita al fascicolo. Sulla nozione giurisprudenziale di atto irripetibile v. *retro*, cap. I § 4.2.

²⁹ Pensiamo ad un'identificazione di cose alla quale abbia proceduto il p.m., o alla querela o denuncia presentate per iscritto (per quelle orali è prescritta la verbalizzazione), quando l'esame del querelante sia divenuto impossibile per causa imprevedibile (Corte cost. n. 114 del 1996, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 532, comprende tra gli «atti assunti» dalla p.g. di cui all'art. 512 anche quelli «ricevuti» dalla stessa). In proposito, M. NOBILI, sub *Art. 512*, cit., p. 435 nota come il legislatore del 1988 «non ha accolto nessuna selezione fra queglii 'atti' neppure in ordine alle tecniche della loro pregressa documentazione», come invece era stato suggerito dalla Commissione redigente.

³⁰ Si pensi ad un rilievo disposto dalla polizia, urgente ma ripetibile (art. 354 comma 2) che diventi accidentalmente irripetibile in dibattimento. In tal caso la lettura ai sensi dell'art. 512 è ammessa da Cass., Sez. I, 23 gennaio 1995, Comberiati, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2994, nonché da Cass., Sez. III, 20 ottobre 1994, Crescini, *ivi*, 1996, p. 2241. Sulla dottrina che nega l'applicabilità dell'art. 512 alle annotazioni, v. *retro*, nota 25.

o meno l'accesso al fascicolo, a seconda che l'atto d'indagine sia ontologicamente irripetibile oppure sia divenuto tale per fatti inopinabili. Ed infatti: (a) in astratto, il *deficit* di affidabilità risulta identico nei due casi; (b) non è significativa, ai fini del diverso trattamento giuridico, la circostanza che nell'ultima ipotesi la violazione dell'obbligo documentale da parte degli indaganti meriti maggiore riprovazione.

Ma, quel che più conta, la ricostruzione che postula un nesso di corrispondenza necessaria tra 'verbalizzazione' e 'utilizzabilità' garantisce poco.

In primo luogo, la disciplina positiva parifica il verbale riassuntivo a quello integrale. Tale conclusione discende inevitabilmente dal fatto che, da un lato, le disposizioni che accennano ai «verbali» non specificano (artt. 431 e 513) e, dall'altro, che l'art. 142, prevede la nullità del verbale nei soli casi di incertezza degli intervenuti o di mancata sottoscrizione del pubblico ufficiale³¹. Eppure, le due modalità non possono dirsi equivalenti: la selezione dei dati 'salienti' nel verbale sintetico implica una discrezionalità assente nella verbalizzazione integrale; inoltre, il verbale riassuntivo degli atti di indagine non è necessariamente accompagnato dalla riproduzione videofonografica, come previsto per gli atti dibattimentali.

In secondo luogo, la giurisprudenza accoglie una nozione minimalista di 'verbale': qualsiasi nota poliziesca gli equivale quando ne possieda i tratti «sostanziali», ossia «stretta contiguità spazio-temporale (compatibile con le esigenze della pratica) fra la constatazione dei fatti e la formazione di detta documentazione» e «certa provenienza di quest'ultima, attestata da apposita sottoscrizione, dal pubblico ufficiale abilitato che ne figura autore»³². Purché sia rispettato il requisito della

³¹ F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 346 («non è esigibile tanto rigore formale dagli indaganti»); A. NAPPI, *Guida al codice*, cit., p. 137. Non manca chi ritiene che ai verbali redatti sinteticamente fuori dai casi consentiti sia preclusa qualsiasi valenza che non sia 'endoprocedimentale': in particolare, essi non sarebbero leggibili ex art. 512, salvo che siano corredati da registrazione videofonografica (C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., p. 256), ma tale conclusione, pure ispirata a condivisibili esigenze di garanzia, appare difficilmente conciliabile col dato normativo. Né, secondo quanto già osservato in generale per le disposizioni in tema di documentazione degli atti, dalla violazione dei precetti che impongono l'integralità della verbalizzazione (art. 373 commi 1 e 2 per il p.m., art. 357 comma 3 per la p.g.) può derivare una inutilizzabilità 'patologica'.

³² Cass., Sez. I, 14 giugno 1993, n. 7263, Delle Fave, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2143, con nota di G. PIZIALI, *Spunti critici*, cit.; nel medesimo senso Cass., Sez. III, 18 febbraio 1998, Corradini, in *C.E.D. Cass.*, n. 210691; Cass., Sez. I, 8 ottobre 1997, Mangiolfi, in *Giust. pen.*, 1998, III, c. 504; Cass., Sez. IV, 29 ottobre 1999,

contestualità (peraltro relativa) della sua formazione³³, ogni annotazione ha titolo ad entrare nel processo, anche in mancanza delle altre informazioni normativamente prescritte³⁴, e a prescindere da quanto siano sommari i contenuti descrittivi. Ma la 'contestualità' non assicura, da sola, la fedeltà della documentazione, né la verificabilità dei presupposti per il legittimo compimento dell'atto posto in essere; e quando anche una documentazione sciatta e sommaria avesse i requisiti 'sostanziali' del verbale, ciò nondimeno risulterebbe inevitabile citare in giudizio l'operante per integrare la prova cartolare³⁵.

È evidente, insomma, che una simile impostazione, dal forte sapore «compromissorio»³⁶, garantisce solo parzialmente gli interessi a cui sono sottese le norme sulla documentazione degli atti d'indagine.

A fronte degli scarsi benefici in termini di garanzia per l'imputato e, più in generale, di accuratezza della decisione, appare quindi poco tollerabile il pur modesto rischio che tale ricostruzione pone alle esigenze dell'accertamento: se davvero solo i 'verbali' potessero entrare nel fascicolo ufficiale, l'omessa verbalizzazione di un atto investigativo produrrebbe la perdita irrecuperabile delle informazioni raccolte nell'ipotesi, rara ma non inconcepibile, in cui risultasse impossibile la testimonianza dell'operante. Qui non sarebbe invocabile la lettura dell'annotazione *ex art.* 512, poiché tale congegno funziona solo quando un atto delle indagini, di per sé ripetibile in dibattimento, sia diventato accidentalmente irripetibile, mentre la nostra fattispecie è assai diversa: da un lato, l'atto compiuto nelle indagini (ad esempio, un accertamento tecnico 'distruttivo') è ontologicamente, e dunque originaria-

De Stefani, in *Arch. n. proc. pen.*, 2001, p. 210, relativamente alla documentazione attraverso la quale la polizia annota giornalmente le condotte criminose osservate nel corso delle indagini (nella specie, osservazioni compiute al tavolo dello *chemin de fer*). E si è considerato irrilevante la circostanza che l'operante non abbia dato conto dei motivi che hanno impedito la documentazione contestuale dell'atto Cass., Sez. III, 22 ottobre 1992, n. 513, Billeri, in *C.E.D. Cass.*, n. 192735.

³³ La sottoscrizione del redattore della documentazione (sia o no anche autore dell'atto) imposta a pena di nullità, è un *minimum* comune a verbali e annotazioni (v. il combinato disposto degli artt. 137, 357 comma 3, 373 comma 2).

³⁴ Ad esempio, quando il verbale è relativo ad un determinato atto del procedimento, giorno ora e luogo di svolgimento dell'attività, indicazione dell'ufficiale di polizia giudiziaria che ha compiuto l'atto (art. 115 disp. att.).

³⁵ Anche soltanto per verificare le ragioni della mancata verbalizzazione dell'atto.

³⁶ G. REYNAUD, *Documentazione degli atti*, cit., p. 136. Critico G. PIZIALI, *Spunti critici*, cit., p. 2145, secondo il quale se il riferimento è inteso in senso tecnico, esso «allude inevitabilmente ad atti dotati di tutti i requisiti di forma dell'atto verbalizzato», mentre se non è inteso tecnicamente «poco importa che siano presenti alcuni dei requisiti propri del verbale».

mente, irripetibile; dall'altro, ciò che diventa accidentalmente impossibile espletare in dibattimento non è una 'ripetizione' dell'atto di indagine, ma la testimonianza dell'indagante sull'attività svolta³⁷. Tutto sommato, non è possibile postulare un binomio 'corretta documentazione-utilizzabilità processuale' degli atti d'indagine, ancorché l'attestazione informale pregiudichi, evidentemente, la forza probatoria dei protocolli investigativi³⁸.

Le considerazioni fin qui svolte non conducono, tuttavia, ad affermare l'assoluta ininfluenza delle forme documentative degli atti d'indagine: a parte le specifiche comminatorie di inutilizzabilità e di nullità, si deve notare come la verbalizzazione incida in modo assai determinante sulla spendibilità dibattimentale di una particolare ed importante categoria di atti investigativi, ossia quelli nei quali vengono raccolte dichiarazioni.

La lettura dibattimentale di 'dichiarazioni' raccolte in fase d'indagine, nonché la loro contestazione nel corso dell'esame orale del dichiarante sono infatti possibili solo a patto che le stesse siano state documentate, come prescrive la legge, attraverso processo verbale. Non conta che né l'art. 512 né gli artt. 500 e 503 c.p.p. si riferiscano a «verbal»: per la 'prova dichiarativa' formata nelle indagini l'unica forma di documentazione giuridicamente configurabile è quella del 'verbale', sottoscritto dall'autore della dichiarazione, o in caso contrario recante la specifica menzione dei motivi per cui questi non vuole o non è in grado di sottoscrivere (art. 137 comma 2).

Quanto agli atti ricettivi di 'dichiarazioni', la distanza che separa il

³⁷ La lettura sembra inoltre vietata dall'art. 514 comma 2, che proibisce «la lettura dei verbali e degli altri atti di documentazione delle attività compiute dalla polizia giudiziaria», salvo gli atti che sono già inseriti *ab origine* nel fascicolo in quanto rientranti in una delle categorie dell'art. 431 comma 1 (questo il significato della clausola di riserva «fuori dai casi previsti dall'art. 511»).

³⁸ Legge in senso atecnico il termine «verbal» nell'art. 431 N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., p. 45, secondo la quale, in assenza di espresse previsioni sanzionatorie, l'inclusione nel fascicolo di atti annotati rappresenta un'imperfezione irrilevante; in senso conforme Cass., Sez. I, 8 ottobre 1997, Mangiolfi, cit., secondo la quale il termine «verbale» nell'art. 431 comprenderebbe «qualunque categoria di atti che raccolgano la prova di un'attività svolta dalla p.g.».

Va notato che qui si sta parlando della possibilità di accordi volti all'acquisizione di atti documentati con una forma diversa da quella prescritta dalla legge (annotazione, anziché verbale), e non anche di atti verbalizzati in modo difettoso: la nullità del verbale, collegata dall'art. 142 esclusivamente alla «incertezza assoluta sulle persone intervenute» o alla «mancanza della sottoscrizione del pubblico ufficiale che lo ha redatto», ha carattere relativo (Cass., Sez. IV, 11 novembre 2004, Mastronardi, in *C.E.D. Cass.*, n. 231846), e dunque sarebbe sanata dall'eventuale accordo acquisitivo.

‘verbale’ e la ‘annotazione’, assai netta, è qualitativa più che quantitativa. La differenza non risiede tanto nei contenuti descrittivi minimi, che pure variano assai nei due casi: per il verbale, e non per l’annotazione, la legge prescrive la riproduzione letterale di ciascuna dichiarazione, l’indicazione se essa è spontanea o su domanda, la riproduzione dell’eventuale domanda, e per le dichiarazioni dettate a verbale, la precisazione se il dichiarante ha consultato note scritte. Ma la diversità più significativa riguarda la natura del documento: il verbale «non è un atto processuale materiale, ma è solo la sua trasposizione per iscritto [...] un documento processuale rappresentativo di un atto materiale di indagine»³⁹; l’atto di indagine è costituito dalla «dichiarazione orale di cui il documento conserva memoria». Al contrario, l’annotazione di una dichiarazione è un atto in cui l’operante resoconta su ciò che ha appreso da determinate persone⁴⁰; l’annotazione è perciò essa stessa «atto processuale materiale», un ‘atto dichiarativo scritto’ qualificabile come ‘sommatoria informazione indiretta della polizia giudiziaria’»⁴¹. Quando manchi un verbale non è del tutto esatto dire che la ‘dichiarazione’ ricevuta dall’indagante sia male attestata, poiché in realtà tale dichiarazione non risulta documentata: la nota poliziesca documenta la dichiarazione *de auditu* dell’operante.

Orbene, a questo genere di ‘annotazioni’ è di regola preclusa qualsiasi via d’ingresso nel materiale decisivo. Segnatamente, queste: a) non potranno essere contestate nel corso dell’esame dibattimentale della persona informata, poiché l’atto dichiarativo è riferibile non già a quest’ultimo ma all’operante⁴²; b) non potranno essere lette in caso

³⁹ R. APRATI, *Testimonianza indiretta*, cit., p. 1015.

⁴⁰ L’art. 115 disp. att. impone di precisare le generalità e le indicazioni personali utili all’identificazione, senza richiederne la sottoscrizione; G. LOCATELLI, *La documentazione degli atti*, cit., p. 591, nota come la mancata previsione della sottoscrizione del dichiarante sia coerente alla «inefficienza probatoria dell’atto con riguardo alla parte propriamente riproduttiva della dichiarazione».

⁴¹ R. APRATI, *Testimonianza indiretta*, cit., p. 1015.

⁴² R. APRATI, *Testimonianza indiretta*, cit., p. 1015 che nota come l’art. 500 autorizzi la lettura delle dichiarazioni rese dal testimone, mentre «l’annotazione è una dichiarazione scritta resa dall’annotante, pur se avente ad oggetto quanto appreso dal testimone. Trattandosi di dichiarazioni attribuibili al soggetto che effettua l’annotazione (giammai alla persona informata dei fatti), la lettura risulta vietata dall’art. 514 comma 2 che, a tutela del principio di separazione delle fasi, proibisce di dare lettura di qualsiasi documentazione relativa alle attività compiute dalla polizia durante le indagini (fuori dai casi di atto irripetibile): comprendiamo in questo novero anche le ‘annotazioni’ di altrui dichiarazioni». Per l’impossibilità di ‘contestare’ al testimone dichiarazioni rese in fase di indagini e non verbalizzate, v. Corte cost., 14 febbraio 2002, n. 32, in *Cass. pen.*, 2002, p. 819.

in cui l'audizione della persona 'sentita' nelle indagini risulti impossibile, perché qualsiasi lettura di atti dichiarativi presuppone l'omogeneità, qui mancante, tra la prova la cui acquisizione dibattimentale sia divenuta impossibile (l'esame della persona informata) e l'atto esistente nel fascicolo del p.m. (nel nostro caso l'annotazione del funzionario)⁴³; c) non potranno formare oggetto di testimonianza dell'operante, la quale eluderebbe il divieto di cui all'art. 195 comma 4⁴⁴.

Insomma, dal sistema è desumibile «una regola generale secondo cui il verbale va considerato l'unico strumento mediante il quale la polizia è legittimata a portare ufficialmente a conoscenza dell'autorità giudiziaria il contenuto delle dichiarazioni di prova»⁴⁵. Sebbene anche qui siano da evitare formalismi⁴⁶, si può affermare che per le dichiarazioni extragiudiziali la violazione dell'obbligo di verbalizzazione riesce tutt'altro che innocua, determinando invece l'irrimediabile 'dispersione' di tali materiali informativi⁴⁷.

⁴³ R. APRATI, *Testimonianza indiretta*, cit., p. 1015; in giurisprudenza, Trib. Macerata, 3 aprile 2002, Buongarzone, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, p. 456.

⁴⁴ Com'è ormai chiaro, dopo che la Corte costituzionale la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 195 comma 4 ove interpretato nel senso che gli operanti non possono essere chiamati a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese dai testimoni soltanto se acquisite con le modalità documentative previste dalla legge e non anche nel caso in cui, pur ricorrendone le condizioni, tali modalità non siano state osservate (Corte cost. n. 305 del 2008, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3306) se il divieto proibisce di deporre sulle dichiarazioni verbalizzate, *a fortiori* opera anche in relazione alle dichiarazioni che avrebbero dovuto esserlo. In tal senso, ben prima della declaratoria di incostituzionalità, F. CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio*, cit., p. 82.

⁴⁵ G. ILLUMINATI, *Inammissibile la testimonianza*, cit., p. 660. Le uniche dichiarazioni non verbalizzate 'recuperabili' al processo attraverso testimonianza *de relato* del funzionario sono quelle percepite dalla polizia «al di fuori di uno specifico contesto procedimentale di acquisizione delle medesime» (Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, p. 21).

⁴⁶ Ai fini dell'utilizzabilità per letture e contestazioni è 'verbale di sommarie informazioni' qualsiasi documentazione che abbia i requisiti minimi individuati, per qualsiasi verbale investigativo, dalla giurisprudenza citata nella nota 34, con l'aggiunta della sottoscrizione del dichiarante, o della menzione di cui all'art. 137 comma 2. Solo entro questi limiti è tollerabile la prassi, diffusa in contesti a forte presenza di criminalità organizzata, di raccogliere informalmente dichiarazioni rese da persone che sin dall'inizio si dicano indisponibili a firmare il verbale o, nei casi di verbalizzazione non contestuale (art. 373 comma 4) si rifiutino di sottoscrivere il contenuto delle dichiarazioni rese nell'immediatezza dell'intervento della polizia. Per il resto, le carenze documentali non incidono sulla spendibilità processuale del protocollo investigativo ma solo sulla sua valutazione da parte del giudice.

⁴⁷ Per gli atti dichiarativi, l'infungibilità tra verbale e annotazione costituisce assunto pacifico in giurisprudenza, che resta incerta soltanto sulla misura delle conseguenze del *deficit* documentativo: stando all'indirizzo più rigoroso, il difetto impedi-

Orbene, rispetto a quest'ultima ipotesi ha senso chiedersi se l'acquisizione concordata conferisca al protocollo investigativo un'attitudine processuale della quale esso, a causa del *deficit* documentale, sarebbe altrimenti sfornito. Si può infatti ritenere che, una volta entrato pattizamente nel fascicolo dibattimentale, fin dal momento del suo iniziale confezionamento, quel resoconto investigativo viene a far parte degli «atti» dei quali il giudice è obbligato a dare lettura, ai sensi dell'art. 511⁴⁸. Salva l'osservanza – evidentemente – del comma 2, ossia avendo cura di posticipare la lettura dell'atto rispetto all'eventuale esame orale del dichiarante⁴⁹.

La ricostruzione ora prospettata – secondo cui l'acquisizione negoziata di dichiarazioni 'annotate'⁵⁰ equipara queste ultime ad una 'prova dichiarativa' dibattimentale – pare corretta, ma va precisata: è infatti necessario operare una distinzione tra le ipotesi in cui l'annotazione delle dichiarazioni risulti legalmente consentita, e quelle in cui un tale *modus operandi* abbia infranto gli obblighi di verbalizzazione imposti alla polizia giudiziaria.

Nel primo caso si può effettivamente ritenere che la nota transitata nel fascicolo ufficiale diventi utilizzabile in tutte le sue parti, comprese quelle in cui l'annotante rende conto delle dichiarazioni orali ricevute: il giudice potrà inferire dal protocollo investigativo non soltanto che una tal persona, nella situazione descritta, abbia pronunciato una certa frase ma, quando i contenuti della dichiarazione si inseriscano in un contesto probatoriamente significativo, considerare provati i fatti che ne sono oggetto, anche a prescindere dall'escussione dibattimentale del 'primo dichiarante'.

Pur restando profonda la differenza tra un protocollo cartolare e la

rebbe qualsiasi impiego in funzione probatoria, fosse anche di supporto alle decisioni rese nelle indagini, come in materia cautelare (conforme Cass., Sez. VI, 18 gennaio 1993, Modafferi, in *C.E.D. Cass.*, n. 194502; Cass., Sez. VI, 1° aprile 2003, Casaburro, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3672); qualche massima definisce 'inesistente' la dichiarazione registrata all'insaputa del dichiarante (Cass., Sez. III, 22 gennaio 1997, Ferrara, in *Guida dir.*, 1997, f. 28, p. 80; Cass., Sez. I, 12 ottobre 1994, Savignano, in *Foro it.*, 1996, II, c. 242), ma è assai difficile dedurre, in assenza di sanzioni espresse, un'incidenza delle modalità di documentazione sulla efficacia dell'atto all'interno della fase investigativa (v. C. CESARI, *L'irripetibilità sopravvenuta*, cit., p. 62, nt. 99).

⁴⁸ V. *supra*, cap. III.

⁴⁹ Non v'è dubbio che la prescrizione, ancorché si riferisca letteralmente a «verbal di dichiarazioni», trovi applicazione anche a dichiarazioni 'annotate', rispetto alle quali si pone comunque l'esigenza di evitare che la prova orale si appiattisca sulle risultanze del protocollo investigativo.

⁵⁰ Chiamarle 'sommarie informazioni' sarebbe improprio: ormai è chiaro che si tratta di dichiarazione scritta dell'ufficiale di p.g. sul contenuto della dichiarazione orale ricevuta dalla persona informata.

prova ‘viva’, il valore informativo di quell’annotazione è assimilabile a quella di una testimonianza indiretta orale (valutata *ex se*, in assenza della deposizione della fonte). Corrobora tale conclusione la circostanza che sui contenuti di un simile protocollo il funzionario potrebbe essere sottoposto ad esame su richiesta delle parti o *ex officio iudicis*: l’ipotesi rientrerebbe infatti negli «altri casi» eccettuati dal divieto di testimonianza *de auditu* della polizia giudiziaria (art. 195 comma 4, secondo periodo)⁵¹

Al contrario, nella seconda delle ipotesi considerate, ove cioè l’indagante ha violato un preciso obbligo di verbalizzazione⁵², sembra lecito dubitare che la nota acquisita negozialmente possa essere impiegata dal giudice per accertare il fatto dichiarato all’ufficiale di polizia. Se ciò fosse possibile, saremmo di fronte ad un sistema davvero incoerente: vietata la deposizione *de auditu* del funzionario sul contenuto di una certa dichiarazione, risulterebbe invece utilizzabile la ‘dichiarazione indiretta scritta’ del funzionario, qual è la nostra annotazione, sul medesimo *dictum*. In assenza di una ragione che giustifichi l’utilizzabilità della nota poliziesca *nonostante* il divieto di testimonianza (il diverso trattamento delle due ipotesi sarebbe effettivamente inspiegabile⁵³), l’uso della annotazione rappresenterebbe un’*elusione* del divieto stesso: la fattispecie, pur diversa da quella vietata, sarebbe a questa esattamente equivalente⁵⁴.

⁵¹ Evidentemente, l’escussione orale dell’autore della nota sarebbe non solo consentita, ma raccomandabile, per compensare lo scarso valore rappresentativo del resoconto informale.

Tuttavia, quando le parti convengono di allegare la nota agli atti del processo esse sono solitamente disinteressate all’escussione dell’operante, cosicché l’opportunità di integrare la prova cartolare viene rimessa alla valutazione del giudice, il quale ritenga scadente, dal punto di vista informativo, il protocollo cartaceo (art. 507 comma 1-*bis*).

⁵² Incidentalmente, ammette la possibilità di una acquisizione concordata di sommarie informazioni annotate Cass., Sez. IV, 21 gennaio 2003, P., in *Cass. pen.*, 2004, p. 2919.

⁵³ Potrebbe più facilmente giustificarsi un regime differenziato in senso inverso, ove fosse vietato l’uso probatorio di un documento extraprocessuale nel quale qualcuno rievochi una dichiarazione appresa da un terzo per considerare come provato il fatto contenuto in tale dichiarazione (si valuterebbe, in fondo, una dichiarazione stragiudiziale avente ad oggetto un’altra dichiarazione stragiudiziale), e invece consentita la prova di quel fatto attraverso l’esame incrociato dibattimentale del destinatario della dichiarazione.

⁵⁴ La giurisprudenza ha mostrato sensibilità al rischio di sostanziali aggiramenti di tale precetto attraverso l’impiego dibattimentale di dichiarazioni documentate in forma anomala, allorché ha negato l’utilizzabilità della registrazione fonografica del colloquio intrattenuto dal funzionario di polizia con indagati persone informate, quan-

A questa conclusione è possibile muovere un'obiezione assai consistente: mentre il divieto fatto alla polizia di riferire in dibattimento le dichiarazioni ricevute nelle indagini vuole tutelare il cd. principio di separazione tra le fasi – impedendo *che una parte* possa forzare la barriera tra procedimento e processo chiedendo la testimonianza dell'indagante –, gli atti dei quali ci stiamo occupando vengono somministrati al giudice *con l'accordo degli antagonisti*, e la legge oggi consente che la barriera tra indagini e giudizio sia superata dalle parti concordi.

In effetti, se davvero il disposto di cui all'art. 195 comma 4 servisse soltanto a scongiurare l'introduzione nel processo di una dichiarazione alla quale il sistema non accorda valore di prova, in ragione del contesto in cui è stata resa, questa obiezione sarebbe irresistibile: se le parti, pattuendo l'acquisizione del verbale di sommarie informazioni, fanno sì che esso diventi l'equivalente di una testimonianza dibattimentale, cosa impedisce alle parti di fare altrettanto della nota poliziesca?

Senonché, il divieto di testimonianza indiretta della p.g. non è solo un *pendant* dei divieti di lettura sanciti dall'art. 514: non sarebbe altrimenti spiegabile perché esso precluda di testimoniare sulla dichiarazione anche: *a)* quando quest'ultima meriti eccezionalmente accesso al giudizio perché è impossibile l'esame dibattimentale della persona che l'ha rilasciata all'indagante; *b)* quando il primo dichiarante sia già stato escusso in dibattimento (sarebbe un formidabile strumento critico); *c)* quando nessuno abbia chiesto l'esame del primo dichiarante.

In realtà, una regola così strutturata si spiega solo se essa mira, prima ancora che a tutelare la separazione tra le fasi, ad impedire l'ingresso di qualsiasi 'prova' della dichiarazione resa all'indagante che non sia il verbale del relativo atto investigativo. La deposizione dell'operante che ha raccolto la dichiarazione è proibita per evitare che «attraverso integrazioni e precisazioni sovente fuorviate da cattivi ricordi» venga «vanificata l'esigenza di una resa fedele su quanto l'interessato ha voluto dire o tacere»⁵⁵.

Ciò vuol dire che l'art. 195 comma 4 sanziona, in ultima analisi, l'obbligo di documentazione delle attività investigative della polizia, il quale è a sua volta funzionale ad assicurare non solo «la piena conoscibilità delle prove di accusa alla chiusura delle indagini preliminari»⁵⁶, ma anche «una più fedele riproduzione delle informazioni assun-

do si tratti di «dichiarazioni sulle quali sia preclusa la testimonianza in applicazione degli artt. 62 e 195 comma 4» (Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, cit.).

⁵⁵ Ass. Lanciano, 11 giugno 1991, D'Orazio, in *Cass. pen.*, 1991, p. 775.

⁵⁶ Ass. Lanciano, 11 giugno 1991, D'Orazio, cit.

te»⁵⁷ (ecco perché il divieto vale anche se e quando l'atto d'indagine sia utilizzabile nel dibattimento).

Ma allora, se il divieto di cui all'art. 195 comma 4 è ben più che un baluardo posto a salvaguardia della separazione tra indagini e giudizio, sembra evidente che la sua *ratio* risulta solo in parte sovrapponibile a quella del 'doppio fascicolo', e che i poteri delle parti sulla composizione del fascicolo dibattimentale non autorizzano a concludere che il loro accordo tramuti l'annotazione poliziesca in una sorta di 'prova dichiarativa scritta indiretta'.

Sembra dunque corretto ritenere, in conclusione, che quando una annotazione venga pattiziamente allegata al fascicolo essa entri a far parte degli atti utilizzabili nella decisione solo ove tale modalità di documentazione sia stata impiegata *secundum legem* e non anche quando ciò sia avvenuto in spregio all'obbligo di adottare una forma documentativa diversa e più solenne.

L'esattezza di tale ultima conclusione sembra confortata dalla circostanza che, mentre il congegno del doppio fascicolo viene oggi attratto all'area della disponibilità delle parti processuali, che possono liberamente accordarsi sul contenuto dell'incartamento dibattimentale, il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria resta sottratto a qualsiasi deroga consensuale⁵⁸.

⁵⁷ F. CAPRIOLI, *Palingenesi di un divieto probatorio*, cit., p. 71, nota 47, secondo il quale il divieto esprime il principio secondo cui «la documentazione scritta dell'atto investigativo deve in ogni caso prevalere sulla prova dichiarativa del suo contenuto». L'A. nota come la logica dell'art. 195 comma 4 già nel suo testo originario sia meno limitata di quella sottesa all'art. 507 comma 2 del progetto preliminare («gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria che hanno ricevuto dichiarazioni la cui lettura è vietata a norma del comma 1, nonché le persone che in qualsiasi momento ne siano venute a conoscenza, non possono essere sentiti come testimoni in relazione al contenuto delle dichiarazioni stesse»).

⁵⁸ I patteggiamenti sul fascicolo sono apparsi di difficile conciliabilità col divieto ex art. 195 comma 4: è possibile accordarsi per acquisire un verbale di sommarie informazioni o addirittura una informativa di reato nel cui corpo sono contenute le dichiarazioni, mentre è inderogabilmente escluso, a prescindere da qualsiasi istanza di parte, che si possa procedere all'escussione dell'operante sull'atto da lui redatto. L'insensibilità del divieto rispetto alle opzioni di parte è stata censurata innanzi al giudice delle leggi: proprio la difesa, si è detto, potrebbe essere interessata alla deposizione del funzionario, per aver lumi in ordine alle dichiarazioni da lui ricevute, e la rigidità del divieto comporta un rischio irragionevole di dispersione di profili chiarificatori attinenti al contenuto dei verbali (Corte cost., 14 febbraio 2002, n. 32, in *Cass. pen.*, 2002, p. 819).

Uno dei remittenti (Trib. Palmi, 11 aprile 2001, riportata in AA.VV., *Giusto processo*, cit., p. 360) sottolineava come l'esigenza di escutere l'operante sia ancor più avvertibile quando le dichiarazioni siano state documentate 'sommariamente', ma si

3. LA PROVENIENZA DEGLI ATTI. GLI ATTI CONTENUTI NEL FASCICOLO DEL PUBBLICO MINISTERO

Per quanto riguarda gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, le disposizioni normative descrivono i possibili contenuti dell'accordo istruttorio attraverso il riferimento alla loro collocazione: sono negoziabili gli atti «contenuti nel fascicolo del pubblico ministero». Tale riferimento potrebbe indurre a ravvisare nella corretta allocazione dell'atto una condizione di efficacia dell'ac-

tratta di un falso argomento. L'eventualità che atti diversi dai verbali di sommarie informazioni attestino contenuti dichiarativi può riguardare: *a*) dichiarazioni percepite in occasione del compimento di un atto non diretto ad acquisire dichiarazioni (ad es. perquisizione); *b*) dichiarazioni assunte e non verbalizzate, che il funzionario riferisca poi in una comunicazione di reato o in una relazione. Ebbene, nella prima ipotesi la dichiarazione potrà ben essere oggetto di deposizione dell'operante, rientrando tra gli «altri casi» di cui all'art. 195 comma 4: non esiste un 'verbale di sommarie informazioni', né incombono obblighi di verbalizzazione; perciò la parte che volesse far luce sul verbale può sentire l'operante. Nell'altra ipotesi, occorre ulteriormente distinguere: se la mancata verbalizzazione dipende dal particolare contesto spazio-temporale, si ricade negli «altri casi»; se invece deriva da una scelta dell'indagante, la violazione dell'obbligo documentativo preclude qualsiasi utilizzabilità, nonostante l'acquisizione concordata (Cass., Sez. un., 28 maggio 2003, Torcasio, cit.). Occorre riconoscere, in ogni caso, che il patto acquisitivo sulle dichiarazioni ricevute dalla polizia strida col divieto di testimonianza indiretta, poiché rende utilizzabile quello stesso atto in ragione del quale opera il divieto testimoniale. Perciò s'è ritenuto che la stessa logica accusatoria che ha portato a rendere negoziabile la barriera tra indagini e processo giustificerebbe un accordo volto a consentire l'escussione dell'operante in deroga al divieto (P. GAETA, *Il divieto di testimonianza indiretta*, cit., p. 277; F. PULEIO, *La testimonianza indiretta*, cit., p. 2122).

A ben vedere, però, gli accordi acquisitivi non sono in contraddizione con la *ratio* del divieto testimoniale e, d'altra parte, risulta ragionevole che l'operante non possa mai testimoniare, neppure in forza di un accordo: il divieto *de quo* tutela il contraddittorio non solo quando, *a posteriori*, impedisce che la dichiarazione segretamente raccolta possa penetrare nel processo per il tramite dell'operante, ma anche quando esclude, *a priori*, qualsiasi spendibilità di quel risultato informativo, a prescindere dall'esame orale della fonte. Si vuole evitare che la polizia «sia sempre in grado di trasformare in materiale per il giudice un atto che ha formato e acquisito per le determinazioni di parte»; se al funzionario fosse consentito riferire dichiarazioni da lui stesso provocate, le sommarie informazioni sarebbero fatalmente «cercate e assunte in chiave accusatoria»: l'indagante verrebbe indotto, anche inconsapevolmente, a selezionare le domande secondo la propria interpretazione investigativa, a sistemare «le tessere del mosaico accusatorio», trascurando gli aspetti dissonanti; a raccogliere le dichiarazioni «non già in vista delle indagini ma del dibattimento» (G. GIOSTRA, *Equivoci sulla testimonianza*, cit., p. 1132); del resto la p.g. non condivide col p.m. l'obbligo di svolgere accertamenti su circostanze favorevoli all'indagato. Perciò, non strida con la *ratio* del divieto testimoniale la possibilità di acquisire pattizamente il protocollo sul quale all'operante è proibito deporre: ciò che conta è che il p.m. non possa citare il funzionario come testimone sulle informazioni raccolte.

cordo acquisitivo: qualsiasi atto investigativo compiuto dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria è ‘negoziabile’, *purché si trovi* nel fascicolo del pubblico ministero. Una tale conclusione risulterebbe tuttavia inesatta, oltre che incongruamente restrittiva.

Quanto al primo profilo, è di immediata evidenza come, al momento in cui le parti hanno la prima occasione per concordare l’acquisizione di atti – ossia quando, «immediatamente dopo l’emissione del decreto che dispone il giudizio, il giudice provvede nel contraddittorio delle parti alla formazione del fascicolo per il dibattimento» (art. 431) – un «fascicolo del pubblico ministero» ancora non esiste. Il contenuto di quest’ultimo sarà infatti definito soltanto a fine udienza e risulterà costituito, *de residuo*, da tutti gli atti che non saranno stati inseriti nel *dossier* dibattimentale (art. 433).

Pertanto, in questa appendice dell’udienza preliminare, le stipulazioni acquisitive delle parti non potranno che attingere a quel «fascicolo contenente la notizia di reato, la documentazione relativa alle indagini espletate e i verbali degli atti compiuti davanti al giudice per le indagini preliminari», *corpus delicti* e cose pertinenti (art. 416 comma 2), che il pubblico ministero avrà trasmesso, unitamente alla richiesta di giudizio, alla cancelleria del giudice.

Sembra invece corretto ritenere che il riferimento alla collocazione dell’atto nel *dossier* delle indagini abbia una funzione soltanto esemplificativa e descrittiva: essa serve ad individuare con chiarezza i possibili oggetti del patto acquisitivo, ma non impedisce l’annessione negoziata di atti che al momento della stipulazione non si trovino in tale incartamento⁵⁹. Detto altrimenti, il richiamo alla collocazione degli atti va letto in astratto e non in concreto: esso indica una classe di atti, comprensiva di tutti quelli compiuti durante le indagini dalla polizia o dall’autorità giudiziaria.

Le parti possono dunque accordarsi per acquisire anche gli atti che *avrebbero dovuto essere depositati* nel fascicolo del pubblico ministero, ancorché tale adempimento sia mancato, a prescindere dalle ragioni.

Si potrebbe obiettare che l’atto d’indagine compiuto dalla polizia giudiziaria o dal p.m. e non versato nel fascicolo custodito «presso l’ufficio del pubblico ministero» (art. 373 comma 5) e/o non trasmesso al giudice con la richiesta di rinvio a giudizio (art. 416 comma 2) è stato illegittimamente sottratto alla *discovery*⁶⁰. Sebbene la giuri-

⁵⁹ A. NAPOLI, *Osservazioni sull’istituto*, cit., p. 1198; G.M. BACCARI - C. CONTI, *Una nuova espressione*, cit., p. 883.

⁶⁰ L’accusa ha il dovere di trasmettere al giudice *tutti* gli atti compiuti durante le indagini e qualsiasi cernita degli atti da allegare alla richiesta di giudizio, sottrarrebbe

sprudenza maggioritaria ravvisi nell'omesso deposito (soltanto) una causa di inutilizzabilità dell'atto non depositato, sembra più corretto ricostruire gli esiti sanzionatori di una simile trasgressione in termini di nullità dell'atto vocativo, in modo che, tra l'altro, la conseguente regressione processuale consentirebbe la reintegrazione del fascicolo dell'atto illegittimamente sottratto al procedimento⁶¹. Ma in ogni caso, nell'ipotesi che stiamo considerando la nullità dovrebbe considerarsi sanata in quanto l'adesione al patto acquisitivo integrerebbe gli estremi del comportamento acquiescente ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 183.

Seguendo questa linea interpretativa, l'allegazione consensuale di atti non «contenuti nel fascicolo del pubblico ministero» potrebbe ritenersi ravvisabile anche in riferimento a protocolli che, al momento dell'accordo, possono legittimamente non essere presenti in tale incartamento, ossia quelli relativi ad eventuali indagini integrative. Si tratta delle investigazioni consentite al p.m. successivamente all'emissione del decreto che dispone il giudizio, per evitargli un disfunzionale 'periodo bianco', e che la l. n. 397 del 2000 ha riconosciuto parallelamente anche ai difensori delle parti private «ai fini delle proprie richieste al

al contraddittorio materiali la cui conoscenza sarebbe utile alla difesa (specie per la scelta dei riti alternativi), svilirebbe il controllo giurisdizionale sull'imputazione, e più in generale limiterebbe incongruamente la cognizione del g.u.p. nell'adozione delle determinazioni proprie della fase. «I presupposti della decisione sono alterati dalla mancata conoscenza di tutto ciò che costituisce [...] il 'retroterra' probatorio della situazione dedotta avanti al giudice con la domanda» (G. FRIGO, sub *Art. 416*, cit., p. 584). L'unica selezione consentita è prevista per le indagini riguardanti più persone o più imputazioni: quando il p.m. agisca separatamente, non è obbligato ad allegare atti che riguardino persone estranee all'imputazione formulata o afferiscano ad indagini diverse od ancora in corso di sviluppo (artt. 130 e 130-bis disp. att.). La necessaria integralità della *discovery* è stata da tempo affermata da Corte cost., 5 aprile 1991, n. 145 (in *Cass. pen.*, 1991, p. 489) in coerenza al criterio della «partecipazione dell'accusa e della difesa su basi di parità in ogni stato e grado del procedimento» (art. 2 comma 1 n. 3 della legge delega).

⁶¹ La mancata *discovery* precluderebbe all'atto investigativo ogni occasione di impiego dibattimentale (contestazioni, letture acquisitive). Ma, da una parte, manca un divieto d'uso che sia ricollegato all'omesso deposito di un atto nel fascicolo del p.m. e, dall'altra, la stessa giurisprudenza che postula una inutilizzabilità degli atti rimasti nel cassetto non ha potuto fare a meno di notare che questo regime appare incongruo in relazione ad atti che contengano elementi favorevoli all'imputato, le cui ragioni verrebbero doppiamente danneggiate, dapprima dalla condotta illegale dell'inquirente e poi dalla inutilizzabilità degli atti 'occultati'. Ecco perché alcune pronunce hanno ritenuto che gli atti ipoteticamente favorevoli all'indagato siano acquisibili ad opera del giudice su iniziativa della difesa o, in dibattimento, anche di ufficio *ex art. 507* (Cass., Sez. IV, 17 febbraio 1996, Cariboni, in *C.E.D. Cass.*, n. 204434; Cass., Sez. I, 13 febbraio 1997, Massaria, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1134; in argomento, P. BRONZO, *Il deposito degli atti di indagine*, cit., p. 3931 ss.).

giudice del dibattimento» (art. 430)⁶². La relativa documentazione va «immediatamente» depositata nella segreteria del p.m. a fini ostensivi, ma confluisce nel «fascicolo del pubblico ministero» (o in quello del difensore che nel frattempo sarà incluso nel primo) solo se e quando le parti si siano effettivamente servite di tale materiale per la formulazione di richieste e il giudice abbia accolto tali richieste (art. 433 comma 3)⁶³.

Se tuttavia si ritiene, come è preferibile, che le intese sul fascicolo possano aver luogo solo fino alle «richieste di prova»⁶⁴ si deve concludere che il riferimento, negli artt. 431 comma 2 e 493 comma 3, a materiali «contenuti nel fascicolo del pubblico ministero» imporrebbe di escludere dai possibili contenuti di tali intese i risultati dell'attività integrativa di indagine, poiché questi ultimi atti vengono a far parte del fascicolo del p.m. (dopo che il giudice ha provveduto in ordine alle richieste istruttorie delle parti: cfr. art. 430 comma 2) quando ormai la stipula di negozi acquisitivi non è più possibile. L'unica ipotesi in cui sarebbe consentito alle parti concordare l'allegazione di atti relativi ad indagini integrative sarebbe dunque rappresentata dal caso delle

⁶² Le «richieste» di cui all'art. 430 sono fondamentalmente le «richieste di prova» (Corte cost., 3 aprile 1996, n. 95, in *Giur. cost.*, 1996, p. 877) effettuate *in limine* o tardivamente (art. 507); ipotesi tipica è quella delle informazioni provenienti dalla persona «scoperta» dal p.m. solo dopo il rinvio a giudizio. Tuttavia non possono escludersi richieste volte alla lettura di atti (artt. 512 e 512-bis; fuori gioco l'art. 513 riferito a dichiarazioni rese «nel corso delle indagini preliminari» o dell'omonima udienza) o all'effettuazione di contestazioni; né richieste a contenuto non istruttorio, come un'istanza cautelare (la disposizione parla genericamente di «richieste»; nel progetto preliminare 1978 invece l'art. 403 comma 1 vincolava queste indagini al «fine di chiedere l'ammissione delle prove»; ma, *contra*, v. G. VARRASO, *Le indagini "suppletive"*, cit., p. 64).

⁶³ Singolare il regime di fascicolazione di questi atti: essi vengono conservati presso l'ufficio della procura in un apposito incartamento, diverso sia dal fascicolo per il dibattimento che da quello del p.m. (un «terzo fascicolo»: M. NOBILI, *Concetto di provacit.*, V, c. 279; «quarto» da quando esiste il fascicolo del difensore). Che non siano collocati nel *dossier* dibattimentale è ovvio, visto che l'art. 430 vieta il compimento di atti spendibili come prova, mentre non è agevole comprendere perché stiano fuori dal fascicolo del p.m., loro sede naturale, e vi vengano inseriti solo eventualmente, alla doppia condizione che abbiano fondato «richieste» dibattimentali e che queste siano accolte. La *ratio* di tale collazione selettiva è stata correlata alla funzione del fascicolo di cui all'art. 433: essendo stata già formulata l'accusa, l'unica utilità di atti investigativi dopo il rinvio a giudizio sta nel loro possibile impiego per contestazioni nel corso di discussioni orali o per letture; ciò che presuppone, per l'appunto, che dall'atto sia derivata una richiesta accolta dal giudice (M.L. DI BITONTO, *L'attività di indagine*, cit., p. 120).

⁶⁴ *Rectius* fintanto che il giudice non abbia provveduto sulle istanze di parte con l'ordinanza di cui all'art. 495. Per questa esegesi, v. *retro*, cap. V § 4.

sommatorie informazioni (eventualmente raccolte dopo il rinvio a giudizio) acquisibili *ex art.* 500 comma 7 ad ‘integrazione’ della deposizione orale del dichiarante⁶⁵.

L’esclusione delle indagini integrative dall’ambito oggettivo degli accordi acquisitivi sembra dipendere soltanto da un difettoso incastro tra le discipline, mentre nessun ostacolo deriva dalla specificità di tali atti: i profili di delicatezza delle indagini compiute dopo il rinvio a giudizio risiede nella loro capacità di scompaginare strategie che la controparte potrebbe avere avviato facendo affidamento sul materiale prodotto *ex adverso*, e per questo motivo è previsto che ogni atto di questo tipo, da chiunque compiuto, vada subito depositato a beneficio delle altre parti presso la segreteria del p.m.⁶⁶, la quale deve avvisare senza ritardo i difensori⁶⁷. Nel caso che stiamo ipotizzando, il raggiungimento dell’accordo sull’uso probatorio dell’atto investigativo escluderebbe turbative del contraddittorio processuale, finanche nell’ipotesi in cui fosse mancata l’immediata ostensione prevista dagli artt. 430 comma 2 e 18 reg. esec. (perché, ad esempio, l’atto è rimasto nel cassetto della parte che lo ha compiuto). Una volta che le informazioni raccolte da una parte dopo il rinvio a giudizio siano divenute comuni ai contraddittori, nulla distingue tali materiali – ai fini di una loro acquisizione patteggiata – rispetto agli atti compiuti durante la fase delle indagini preliminari⁶⁸.

Perciò, l’ostacolo all’inclusione di questo tipo di atti investigativi nel possibile contenuto di accordi sulla composizione del fascicolo sembra meritare di esser rimosso attraverso una interpretazione corret-

⁶⁵ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 194; R. ADORNO, *Ammissione delle prove*, cit., vol. IV, t. II, p. 233. La conclusione potrebbe essere differente accedendo ad una diversa ricostruzione della tempistica dei negozi sul fascicolo secondo cui questi sarebbero stipulabili anche nel corso dell’istruzione: in tal caso, nulla impedirebbe un accordo attraverso il quale i risultati dell’indagine integrativa svolta da una delle parti alla vigilia del dibattimento vengano allegati non già solo nel fascicolo del p.m. ma nel *dossier* processuale; diverse ragioni però inducono a ritenere non consentiti patteggiamenti probatori durante il dibattimento (*retro*, cap. V § 4).

⁶⁶ Ciascun atto, appena compiuto: questo è evidentemente l’unico senso attribuibile all’avverbio «immediatamente» riferito ad un’attività che può dilungarsi nel tempo ed articolarsi nel compimento di plurimi atti investigativi.

⁶⁷ Art. 18 reg. esec.; l’omissione di tale preventiva ostensione è ritenuta rimediabile attraverso una congrua sospensione del dibattimento, tale da evitare lo spiazzamento della parte contro interessata (Cass., 28 marzo 1995, Lorusso, in *Giur. it.*, 1996, II, c. 466; in dottrina, cfr. D. NEGRI, sub *Art. 14 l. 7 dicembre 2000*, n. 397, cit., p. 14).

⁶⁸ Esclude l’accordo acquisitivo di atti presentati in modo estemporaneo G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 93.

tiva: questi protocolli sono custoditi in un incartamento apposito⁶⁹ ma sarebbero atti «del fascicolo del pubblico ministero» se fossero stati compiuti entro la chiusura delle indagini.

Va sottolineato che, in ogni caso, la possibilità riconosciuta alle parti di convenire l'acquisizione di atti investigativi compiuti successivamente al rinvio a giudizio permetterebbe alle parti concordi di incidere sul regime di collazione e utilizzazione ordinariamente assegnato a tali protocolli, ma non anche di superare un limite che il codice pone in questa fase al potere investigativo di ciascuna di esse vietando il compimento di atti «per i quali è prevista la partecipazione dell'imputato o del difensore di questo» (art. 430 comma 1)⁷⁰, ossia di tutti quegli atti di indagine che, pur compiuti unilateralmente, sono direttamente spendibili come prova.

La *ratio* di questo divieto è complessa ma percepibile. Per un verso, la legittimazione di simili attività sarebbe eccessiva rispetto allo scopo in vista del quale il legislatore consente ancora di indagare segretamente, in una fase in cui l'accusa è stata già elevata e vagliata dal g.u.p., ossia la (mera) preparazione delle iniziative che le parti dovranno dispiegare nel pubblico contraddittorio al cospetto del giudice dibattimentale⁷¹. Per altro verso, il divieto vale anche ad impedire al p.m. – unico titolare di questo potere investigativo supplementare nel testo originario del codice⁷² – di ritardare strategicamente il compimento di atti importanti, ponendoli in essere quando il g.u.p. ha già vagliato l'imputazione e l'imputato non può più optare per i riti alternativi⁷³.

Ebbene se, in funzione di questi interessi, la legge processuale pone un limite al potere investigativo delle parti processuali, da questo

⁶⁹ Tutti, se compiuti dalla parte pubblica, o quelli che il difensore ritenga di esporre alla conoscenza delle altre parti (cfr. O. MAZZA, *Il fascicolo del difensore*, cit., p. 1762).

⁷⁰ Il riferimento comprende sia gli atti 'garantiti' sia quelli ai quali il difensore ha diritto di assistere (pur senza avere diritto al preavviso).

⁷¹ Nei casi urgenti, ossia in presenza di rischi di dispersione probatoria, l'atto va compiuto comunque alla presenza dell'altra parte e del giudice, inscenando un incidente davanti al presidente del tribunale (art. 467). La funzione meramente preparatoria di queste investigazioni, giustificabili solo nella prospettiva dell'acquisizione dibattimentale della prova, è ancora più spiccata con la consacrazione, ad opera della l. n. 479 del 1999, del principio della completezza delle indagini preliminari (M.L. DI BITONTO, *L'attività di indagine*, cit., p. 38).

⁷² Com'è noto, prima della l. n. 397 del 2000 l'art. 430 contemplava esclusivamente una «attività integrativa di indagine del pubblico ministero».

⁷³ A. MARANDOLA, *Limiti all'attività integrativa*, cit., c. 666.

limite non può non derivare l'inidoneità all'impiego processuale degli atti compiuti in violazione di esso, per effetto di un divieto implicitamente rivolto dal legislatore al giudice di servirsi di tali atti in funzione decisoria.

In assenza di una previsione normativa in tal senso, sarebbe fuori dal sistema una convenzione processuale che pretendesse di scongiurare tali conseguenze⁷⁴. Pensiamo, ad esempio, al patto concernente un atto compiuto illegittimamente dal p.m. dopo il rinvio a giudizio, dal quale siano scaturite informazioni che la difesa considera conveniente trasmettere senz'altro al giudice dibattimentale.

Né del resto sembra possibile sostenere che la comune volontà delle parti, motivata dal convergente interesse, faccia venir meno il divieto di cui all'art. 430 comma 1⁷⁵.

Per lo stesso motivo, l'accordo non renderebbe utilizzabili sommarie informazioni acquisite alla vigilia del dibattimento da persone indicate nelle liste testimoniali, o la cui audizione in dibattimento sia stata disposta dal giudice *ex officio*, in violazione del divieto posto dall'art. 430-bis⁷⁶. Anche in questo caso, la funzione della norma, volta a prevenire indebite interferenze sulle fonti fuori dall'aula di giustizia, a tutela della corretta elaborazione dibattimentale delle prove e della loro affidabilità, sarebbe svilita dalla possibilità di recuperare i risultati di audizioni abusive che *a posteriori* dovessero risultare 'convenienti' alle parti⁷⁷.

In conclusione, nell'ipotesi in cui le parti includano negli accordi acquisitivi atti di indagini integrative compiute da una di esse *contra*

⁷⁴ Consentendo, per giunta, all'atto di acquisire un valore processuale superiore a quello che esso avrebbe naturalmente ove fosse stato compiuto legittimamente.

⁷⁵ Sulla base di una tale premessa, ritiene invece che le parti «in vista di un eventuale accordo, potrebbero procedere ad indagini più ampie di quelle previste e consentite dall'art. 430» A. PROCACCINO, *Il negozio probatorio*, cit., p. 136. Seguendo questo ragionamento, l'accordo potrebbe consentire agli atti compiuti dopo il rinvio a giudizio in violazione delle prescrizioni di cui all'art. 430 di acquisire il valore probatorio che gli stessi avrebbero se fossero stati compiuti legittimamente (ossia nei tempi debiti), come nel caso di una perquisizione, o addirittura di acquisire un valore superiore a quello che avrebbero se fossero stati compiuti nei tempi debiti, come nel caso dell'assunzione di sommarie informazioni dall'indagato.

⁷⁶ Si tratta di un divieto che viene meno solo successivamente all'assunzione della prova orale o se l'escussione programmata poi non abbia luogo per qualsiasi motivo (art. 430-bis comma 2).

⁷⁷ Reputa consentita l'acquisizione concordata anche in questi casi A. PROCACCINO, *Il negozio probatorio*, cit., p. 136. Sulla *ratio* del divieto posto dall'art. 430-bis c.p.p. per prevenire violazioni del *fair play* processuale cfr. F. CAPRIOLI, sub *Artt. 25-26 l. 16 dicembre 1999*, n. 479, cit., p. 292.

legem, occorre ritenere che il protocollo in tal modo acquisito resterebbe, ciò nondimeno, lettera morta per la decisione finale.

3.1. *La «documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva»*

Nel descrivere il possibile oggetto degli accordi sul contenuto del fascicolo le norme combinano un riferimento alla collocazione degli atti con un riferimento alla loro provenienza: oltre agli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero, può essere annessa pattiziamente anche «la documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva». La possibilità assegnata alle parti di convenire l'acquisizione al fascicolo dibattimentale di atti investigativi compiuti dal difensore rappresenta un aspetto importante del nostro istituto ed evidenzia le interferenze tra esso e la nuova disciplina delle indagini difensive. Le nuove prerogative investigative del difensore valorizzano e, ad un tempo, sono valorizzate dalla negoziabilità del contenuto del fascicolo dibattimentale. Per un verso, infatti, la novella, riconoscendo alle informazioni investigative raccolte dalla difesa la stessa spendibilità procedimentale rispetto a quelle collezionate dall'accusatore⁷⁸, ha fatto in modo che la prospettiva della acquisizione concordata di atti possa risultare appetibile anche dal difensore oltre che dal pubblico ministero⁷⁹.

Per altro verso, la possibilità di ottenere col consenso della controparte l'acquisizione di un atto di indagine al fascicolo processuale arricchisce la valenza del potere investigativo del difensore: mentre *illo tempore* l'investigazione difensiva consentiva la somministrazione al giudice di elementi favorevoli all'indagato ai fini delle decisioni endo-

⁷⁸ La novella del 2000 ha cercato di sanare il minor credito di cui godevano in passato i materiali informativi prodotti separatamente dalla difesa, a causa del loro basso tasso di formalità, specie quanto ai modi di documentazione. Il fatto che le attività del difensore fossero liberamente documentabili (Cass., Sez. VI, 16 ottobre 1997, Vacca, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2090, con nota di G. Jesu, *Rilevanza delle indagini difensive*, cit.) costituiva l'aspetto di maggiore debolezza della disciplina, tanto che nella novella del 1995, con la quale già si era consentito al difensore di presentare direttamente al giudice i prodotti investigativi ma senza disciplinarne le modalità di raccolta, fu ravvisata una «scelta legislativa scritta sulla sabbia e destinata ad essere spazzata via dalla prima ondata giurisprudenziale», poiché se «il valore dimostrativo di una conoscenza dipende dalla procedura attraverso cui la si è acquisita [...] non è difficile prevedere che quanto la difesa ha guadagnato in termini di utilizzabilità sarà quasi completamente vanificato in termini di inattendibilità» (G. GIOSTRA, *Problemi irrisolti*, cit., p. 208).

⁷⁹ H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 138.

procedimentali, o al più la preparazione, attraverso la ricerca delle fonti di prova, delle iniziative istruttorie dibattimentali, oggi essa può fruttare materiali direttamente fruibili dal giudice nella decisione finale, solo che il difensore si procuri l'assenso dell'antagonista alla loro inclusione nel *dossier* ufficiale.

La formula usata dal legislatore del 1999 – «documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva» – ha creato incertezze nell'individuazione dei materiali negoziabili, perché è risultato problematico il coordinamento di questa norma rispetto alla rinnovata disciplina delle indagini difensive. La novella di cui alla l. 7 dicembre 2000, n. 397 (successiva alla legge Carotti) ha istituito infatti un «fascicolo del difensore», da conservare presso l'ufficio del giudice per le indagini preliminari e accessibile al pubblico ministero, nel quale vanno inseriti i materiali investigativi che il patrono abbia presentato al predetto giudice o a quello dell'udienza preliminare. Questo *dossier* difensivo è destinato a confluire, una volta pronunciato il decreto che dispone il giudizio, all'interno del fascicolo del pubblico ministero (di cui all'art. 433) ai sensi dell'art. 391-octies comma 3⁸⁰.

Alla luce di tale mutata disciplina, la circostanza che l'art. 431 comma 2 nell'individuare i possibili oggetti del negozio acquisitivo, dopo aver menzionato gli «atti del fascicolo del pubblico ministero», faccia cenno pure alla «documentazione relativa all'attività di investigazione difensiva» suggerisce due possibili ricostruzioni.

La previsione potrebbe esser riferita agli atti che compongono il «fascicolo del difensore», oggi disciplinato dall'art. 391-octies, ossia

⁸⁰ Questo fascicolo rappresenta, per un verso, «un canale di comunicazione sempre attivo tra parti e giudice, di modo che tutte le volte che questi è chiamato ad una decisione dovrà necessariamente prendere visione sia degli atti presentati dal pubblico ministero a sostegno delle proprie richieste, sia di quelli già depositati da tutte le altre parti interessate (PIZZALI, *Profili temporali*, cit., p. 207) e, per altro verso, lo strumento attraverso il quale la produzione difensiva viene versato definitivamente tra gli atti del procedimento (una volta inserito l'atto non può essere ritirato: L. FILIPPI, *Il fascicolo del difensore*, cit., p. 302, nonché G. DI CHIARA, sub *Art. 391-octies c.p.p.*, cit., p. 200, il quale nota come l'inserimento nel fascicolo «sortisce effetti ultimi paragonabili a quelli che si riassumono nel 'principio di acquisizione processuale'»). La disciplina del fascicolo difensivo non è del tutto speculare a quella prevista per il pubblico ministero: gli atti posti in essere dal p.m. devono essere presentati in modo completo e secondo le scadenze cronologiche previste dalla regolamentazione in tema di *discovery*, il fascicolo del difensore è destinato ad accogliere solo ciò che la parte sceglie di farvi confluire, così da configurare in capo al difensore un vero potere dispositivo relativo agli atti raccolti, non essendo previsto alcun limite al deposito, salvo alcuni casi espressamente previsti di deposito obbligatorio (M. GEMELLI, *Le investigazioni difensive*, cit., c. 373).

gli atti investigativi, compiuti dal difensore o dai suoi aiutanti, che siano stati già prodotti al giudice. La ‘genericità’ del riferimento (ossia la mancata menzione di tale fascicolo) potrebbe dipendere dal fatto che nel 1999, quando è stato introdotto l’istituto delle acquisizioni concordate, un ‘fascicolo del difensore’ non era stato ancora istituzionalizzato⁸¹.

Il patto acquisitivo riguarderebbe, insomma, soltanto atti difensivi che siano stati già versati nel procedimento: atti appartenenti al fascicolo del p.m., in quanto prodotti dal patrono all’inquirente, ad esempio per propiziare una richiesta di archiviazione, o al fascicolo del difensore, in quanto presentati al giudice delle indagini o dell’udienza preliminare.

È tuttavia possibile una diversa ricostruzione che, sulla base del dato testuale, valorizzi la portata applicativa degli accordi acquisitivi: il generico riferimento della norma alla «documentazione relativa alle attività di investigazione difensiva»⁸² può acquisire, dopo la novella che ha disciplinato compiutamente i poteri investigativi della difesa, il significato di rendere allegabili pattiziamente anche atti ‘difensivi’ che non siano stati ancora versati all’interno del procedimento. Atti che, cioè, non sono stati ancora presentati al giudice, e pertanto *non sono appartenenti al fascicolo difensivo* di cui all’art. 391-octies, né prodotti all’autorità inquirente (e perciò estranei pure al fascicolo del pubblico ministero), che il difensore esibisca all’udienza preliminare o al dibattimento, *proprio al fine di convenirne col pubblico ministero l’inserimento* nel fascicolo dibattimentale⁸³.

Non sembra che questa eventualità deroghi ad alcun principio generale, né che l’estemporanea produzione alteri la dialettica tra le parti, considerato che l’annessione all’incartamento processuale dell’atto compiuto dalla difesa non avviene all’insaputa dell’accusatore, ma anzi col suo *placet*.

Del resto, al difensore è oggi consentito il compimento di atti investigativi anche successivamente alla richiesta di rinvio a giudizio –

⁸¹ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 90; M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 192.

⁸² Anche se l’espressione generica è stata verosimilmente impiegata dal legislatore del 1999 solo in ragione del fatto che all’epoca non esisteva una disciplina procedimentale delle indagini espletabili dal difensore (M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 193).

⁸³ A. NAPPI, *Guida*, cit., p. 117; G.M. BACCARI, in G.M. BACCARI - C. CONTI, *Una nuova espressione*, cit., p. 883; G. GARUTI, *Il procedimento per citazione*, cit., p. 207. In senso contrario, R. ADORNO, *Ammissione delle prove*, cit., p. 233.

una investigazione ‘suppletiva’ della difesa⁸⁴ – e fino all’emissione del provvedimento conclusivo dell’udienza preliminare. Tale prerogativa consente al difensore di iniziare o completare le proprie indagini, al di là dei tempi ristretti imposti dal meccanismo dell’avviso di cui all’art. 415-*bis*, eventualmente compiendo quegli atti investigativi che abbia inutilmente segnalato al pubblico ministero ai sensi del terzo comma della disposizione appena citata. Una sorta di cooperazione dell’indagato alla completezza delle indagini preliminari⁸⁵.

Per i risultati di queste attività difensive vale la regola generale della inesistenza di un obbligo di deposito, cosicché, salvi i casi eccezionali di deposito obbligatorio, la spendita delle stesse nel procedimento è rimessa alle valutazioni strategiche del patrono⁸⁶, ma nulla vieta a quest’ultimo di ostentare l’atto investigativo proprio al fine di ottenere dal pubblico ministero il consenso alla sua annessione al *dossier* dibattimentale⁸⁷. Anche in questo caso, si tratterebbe di atti che non appartengono al fascicolo del difensore di cui all’art. 391-*octies* c.p.p.⁸⁸.

⁸⁴ La legge n. 397 del 2000 ha eliminato dall’art. 419 comma 3 (che prevede, nell’avviso dell’udienza preliminare, un invito a trasmettere gli atti investigativi espletati dopo la richiesta di rinvio a giudizio) il riferimento al p.m., cosicché oggi tale invito è rivolto anche al difensore (G. VARRASO, *Le indagini “suppletive”*, cit., p. 28). La novella ha così risolto la disputa sulla possibilità di compiere indagini difensive oltre la chiusura delle indagini. In relazione all’assetto anteriore, la dottrina che negava la configurabilità di indagini difensive a processo iniziato (G. GIOSTRA, *Problemi irrisolti*, cit., p. 214) adduceva l’assenza di riscontri normativi, ed in effetti l’art. 38 comma 2-*bis* collocava le indagini difensive all’interno della fase procedimentale.

⁸⁵ Queste indagini permettono al difensore di precostituire, a beneficio del g.u.p., materiale utile all’emissione di una sentenza di non luogo a procedere, senza la necessità di confidare in una integrazione probatoria officiosa ex art. 422 ovvero a formare la piattaforma probatoria necessaria a percorrere la via del giudizio abbreviato, senza dover condizionare la richiesta del rito speciale ad una integrazione probatoria che potrebbe essere negata dal giudice (G. VARRASO, *Le indagini “suppletive”*, cit., p. 30).

⁸⁶ L’art. 419 contiene un mero «invito a trasmettere la documentazione relativa alle indagini eventualmente espletate dopo la richiesta di rinvio a giudizio» (O. MAZZA, *Fascicolo del difensore*, cit., p. 1762).

⁸⁷ È appena il caso di notare, preliminarmente, che è configurabile una ulteriore ipotesi di materiali difensivi non inclusi nel fascicolo del difensore eppure negoziabili: quella dell’atto che il difensore abbia già presentato al pubblico ministero, come prevede l’art. 391-*octies* comma 4, e che dunque è confluito nel fascicolo del pubblico ministero.

⁸⁸ La possibilità di accordarsi su atti difensivi prodotti *ex abrupto* è addirittura fisiologica nel rito a citazione diretta: l’art. 555 comma 4 prevede che le parti possano accordarsi per l’inserimento nel fascicolo sia di atti del p.m. o della p.g. che di atti d’indagine difensiva, perciò la presentazione di questi ultimi non può avvenire che in quella stessa occasione.

Per altro verso, il generico riferimento alla ‘documentazione’ della attività investigativa del difensore induce ad interrogarsi sull’incidenza delle modalità di documentazione sulla possibilità di acquisire gli atti in questione su accordo delle parti.

Le conclusioni prima svolte in relazione agli atti della p.g. e del p.m. possono essere mutate sebbene con qualche precisazione, non fosse altro che per la parziale diversità dei dati normativi di riferimento⁸⁹. Anche per le indagini private sembra corretto differenziare tra gli atti diretti a registrare ‘dichiarazioni’ e quelli aventi diverso contenuto. Per questi ultimi, vale ciò che si è già osservato in relazione alle indagini dei soggetti pubblici quanto all’ininfluenza dell’irrituale documentazione sul regime di utilizzabilità dell’atto in chiave probatoria: una sommaria ed informale attestazione dell’accesso a luoghi compiuto dal difensore o dal sostituto può essere, ciò nonostante, acquisita al fascicolo dibattimentale, nonostante la carente documentazione⁹⁰, *ex lege* quando registri attività irripetibili⁹¹ o in forza di un accordo tra le parti in ogni caso.

Quanto invece agli atti difensivi che documentano dichiarazioni, le conclusioni devono essere diverse: l’accordo in virtù del quale le parti concordino l’allegazione al fascicolo dibattimentale di «informazioni» documentate con modalità prive dei requisiti minimi della verbalizzazione non potrebbe superare la sanzione della ‘inutilizzabilità’ espressamente comminata dall’art. 391-*bis* comma 6⁹².

⁸⁹ È appena il caso di notare come quello che per p.m. e p.g. è oggetto di un vero e proprio obbligo (documentare, nelle forme prescritte) sia un ‘onere’ per il difensore: un comportamento necessario nella prospettiva di versare nel procedimento i risultati dell’atto compiuto, ove ciò appaia conveniente; e ciò vale per qualsiasi atto, inclusi gli atti irripetibili compiuti alla presenza del p.m. (O. MAZZA, *Fascicolo del difensore*, cit., p. 158, spec. 164).

⁹⁰ Al difensore non è consentito l’impiego della forma documentale dell’annotazione (F. SIRACUSANO, sub *Art. 11 l. 7 dicembre 2000*, n. 397, cit., p. 147).

⁹¹ Del resto, l’art. 391-*decies* comma 2 quando prescrive l’inserimento degli atti irripetibili compiuti dal difensore «nel fascicolo previsto dall’articolo 431» parla genericamente di «documentazione».

⁹² L’art. 391-*bis* comma 6 commina tale sanzione non solo in relazione all’ipotesi in cui difensore sostituto o investigatore privato omettano di rendere alla persona sentita i prescritti avvertimenti, ma per qualsiasi violazione di ciascuna delle prescrizioni dettate dai commi da 1 a 5 dell’art. 391-*bis*, e il comma 2 contempla informazioni «da documentare secondo le modalità previste dall’art. 391-*ter*». La medesima sanzione colpirebbe anche la dichiarazione scritta che non sia accompagnata dalla relazione (nella quale, del resto, il difensore deve documentare tra l’altro che sono stati effettuati gli importanti avvertimenti prima ricordati).

4. ATTI INUTILIZZABILI

Si è già detto che dall'analisi della disciplina normativa dell'istituto e dal modo in cui esso è collocato all'interno del procedimento probatorio sembra lecito dedurre che l'effetto dell'accordo – la transizione dell'atto di indagine dal fascicolo del pubblico ministero o del difensore al fascicolo dibattimentale – si produca *a prescindere* da un controllo giurisdizionale di ammissibilità probatoria *sub specie* di non manifesta irrilevanza o superfluità e della conformità a legge dell'atto 'patteggiato'. Resta tuttavia da chiedersi cosa accada nell'ipotesi in cui l'acquisizione concordata investa atti viziati da una qualche patologia che li renda inidonei, a prescindere dalla loro formazione unilaterale, all'uso in chiave probatoria.

Orbene, se in casi simili l'intervento dell'organo giurisdizionale deve arrestarsi alla constatazione dell'invalidità (constatazione doverosa peraltro, ogni volta in cui il vizio sia manifesto al giudice già al momento del patto) deve escludersi, secondo l'opinione dominante sia in giurisprudenza che nella dottrina, che la convergente manifestazione di volontà dei contendenti sia di per sé in grado di sanare eventuali patologie insensibili all'acquiescenza delle parti e dunque a fenomeni di disponibilità della sanzione processuale⁹³.

Poco importa che l'accordo rispetto ad atti invalidi possa intendersi come manifestazione di assenso rispetto al loro impiego probatorio e dunque come indice di un atteggiamento rinunciatario degli interessati, se resta cogente il potere-dovere del giudice di rilevare il vizio. Nessuna sanatoria, dunque, per l'inutilizzabilità (c.d. 'patologica') derivante da un divieto probatorio, relativo all'*an* o al *quomodo* di una certa provvista informativa. Il divieto d'uso del dato conoscitivo assunto in violazione della legge ha infatti come destinatario il giudice, al quale l'art. 191 comma 2 impone di rilevare eventuali forme di inutilizzabilità in ogni stato e grado del procedimento. Il discorso si pone in ter-

⁹³ S. BUZZELLI, *Fascicolo dibattimentale "negoziato"*, cit., p. 394; M. CERESA GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee*, cit., p. 177; D. CHINNICI, *L'immediatezza*, cit., p. 120; S. CORBETTA, sub Artt. 38-40 l. 16-12-1999, n. 479, cit., p. 511; R. DEL COCO, *Disponibilità delle prova penale*, cit., p. 215; M. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 195; L. FANULI, *Riflessioni sull'istituto*, cit., p. 358; G. GARUTI, *Il procedimento per citazione diretta*, cit., p. 208; F. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., p. 180; G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione della prova*, cit., p. 91; L. MARAFIOTI, *Prova "negoziata"*, cit. p. 2944; P. PALLADINO, *Prime riflessioni*, cit., p. 1636; A. SCAGLIONE, *Il regime di utilizzabilità degli atti*, cit., p. 359; A. SCAGLIONE, *Dichiarazioni procedurali*, cit., p. 76.

mini identici per le nullità di carattere assoluto, che, in quanto rilevabili anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, non possono essere sanate dal volere dei soggetti coinvolti nel processo.

Per quanto riguarda le nullità sanabili, l'opinione prevalente in dottrina ritiene che l'accordo delle parti integri l'ipotesi di sanatoria, di carattere generale descritta dall'art. 183 lett. a), seconda parte⁹⁴: il consenso all'utilizzo dell'atto invalido può essere inteso alla stregua di un'accettazione tacita dei suoi effetti.

Secondo questa prospettiva l'accordo rende utilizzabili solo i dati conoscitivi formati, in assenza di contraddittorio, in un contesto investigativo o nell'udienza preliminare, e non anche quelli affetti da inutilizzabilità e da nullità assoluta; patologie che, in quanto caratterizzate dalla insanabilità e rilevabilità anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento (artt. 191 comma 2 e 179), restano sottratte al potere dispositivo delle parti⁹⁵.

La ricostruzione ha trovato conferma nell'interpretazione offerta dalle Sezioni unite. Facendo leva sul rilievo secondo cui il negozio di tipo abdicativo nel quale si risolve la richiesta di giudizio abbreviato «può avere ad oggetto esclusivamente i poteri che rientrano nella sfera di disponibilità degli interessati, ma resta privo di negativa incidenza sul potere-dovere del giudice di essere [...] garante della legalità del procedimento probatorio» il Supremo Collegio ha statuito che nell'ambito di tale rito è consentito dedurre e rilevare d'ufficio l'inutilizzabilità e le nullità assolute degli atti presenti nel fascicolo investigativo⁹⁶. Le analogie sussistenti tra il rito speciale e gli accordi sul fascicolo inducono molti interpreti e la giurisprudenza a ritenere che per gli accordi sul fascicolo valga lo stesso⁹⁷.

⁹⁴ G.M. BACCARI - CONTI, *Una nuova espressione*, cit., p. 878; G. GARUTI, *Dal dissenso immotivato*, cit., p. 1337; A. GEMELLI, *L'irruzione della negozialità*, cit., p. 733; A. NAPOLI, *Osservazioni sull'istituto*, cit., p. 1202.

⁹⁵ La dottrina è concorde nell'affermare che il consenso non possa essere considerato ad efficacia sanante dell'inutilizzabilità e delle nullità assolute: S. BUZZELLI, *Fascicolo dibattimentale*, cit., p. 394; S. CORBETTA, sub Artt. 38-40 l. 16-12-1999, n. 479, cit., p. 411; G. FANULI, *Riflessioni sull'istituto della acquisizione degli atti*, cit., 2001, p. 359; G. GARUTI, *Dal dissenso immotivato alla giustizia riparatoria*, cit., p. 1336; A. GEMELLI, *L'irruzione della negozialità nel giusto processo*, cit., p. 732; P. MOSCARINI, sub Art. 493, cit., p. 1292; A. NAPOLI, *Osservazioni sull'istituto*, cit., p. 1201; P. PALADINO, *Prime riflessioni*, cit., p. 1636; G. VARRASO, *Le indagini «suppletive»*, cit., p. 87; R. DEL COCO, *Disponibilità delle prove*, cit., p. 216; S. FIFI, voce *Fascicoli processuali*, cit., p. 516.

⁹⁶ Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2033.

⁹⁷ Dopo le Sezioni unite, escludono qualsiasi sanatoria dell'inutilizzabilità pato-

In dottrina sono però state formulate ricostruzioni in parte differenti che, pur condividendo l'assunto di base circa la tendenziale insensibilità delle patologie processuali rispetto alle opzioni delle parti, ritengono che nell'ambito delle concrete fattispecie di invalidità degli atti *lato sensu* istruttori – assai variegate, per gravità e per *ratio* sanzionatoria – siano enucleabili una serie di casi in cui è possibile ricollegare all'accordo volto all'acquisizione dell'atto d'indagine un effetto di 'riscatto' dal vizio che affligge quest'ultimo.

In particolare, è stata posta questione circa alcune particolari figure di inutilizzabilità, 'parziali' o 'relative'⁹⁸, previste da specifiche norme, che non escludono ogni possibilità di utilizzazione dell'atto in chiave probatoria, ma si limitano a precluderne l'uso in dibattimento, ossia ai fini della decisione del processo, lasciando impregiudicato il loro valido impiego come *input* investigativo o nelle procedure incidentali, o ancora nei riti speciali a prova contratta⁹⁹; si tratta di fattispecie in verità difficili da inquadrare, affini alla cd. 'inutilizzabilità fisiologica' che caratterizza la generalità degli atti investigativi: si pensi agli accertamenti tecnici differibili disposti dal p.m. nonostante la riserva di incidente probatorio formulata dall'indagato (art. 360 comma 5) che non sono utilizzabili «nel dibattimento», oppure alle spontanee dichiarazioni rilasciate dall'indagato senza l'assistenza del difensore (art. 350 comma 7), che in ragione della 'debolezza' determinata dall'attenuazione delle garanzie difensive, sono inutilizzabili «nel dibattimento» salvo che per le contestazioni in sede d'esame¹⁰⁰.

Se nell'esegesi prevalente neppure queste fattispecie sono neutralizzate dagli accordi, che operano pur sempre all'interno delle regole ordinarie, senza introdurre metodi istruttori diversi come accade nel ri-

logica Cass., Sez. III, 23 maggio 2007, Panozzo, in *C.E.D. Cass.*, n. 237412; Cass., Sez. I, 23 gennaio 2003, Cirillo, *ivi*, n. 223678; Cass., Sez. IV, 4 marzo 2009, Agosta, *ivi*, n. 244589.

⁹⁸ La prima denominazione è di M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, cit., p. 235; distingue invece tra inutilizzabilità assoluta e relativa, P. TONINI, *La prova penale*, cit., p. 59.

⁹⁹ Le hanno chiamate «inutilizzabilità assoluta di fase» (G. FANULI, *Inutilizzabilità e nullità della prova*, cit., p. 100). In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. un., 21 giugno 2000, Tammaro, cit.; Cass., Sez. I, 3 dicembre 2002, Cortese, in *Guida dir. Dossier* 2003, 5, p. 55; cfr. G. CANZIO, voce *Giudizio abbreviato*, cit., p. 627.

¹⁰⁰ La Corte costituzionale ha ritenuto costituzionalmente legittima la regola della non leggibilità, nei casi di cui all'art. 513 delle sommarie informazioni raccolte dalla polizia, notandone la differenza di regime rispetto all'interrogatorio, nel quale trova applicazione l'art. 65 sulla contestazione del fatto, l'indicazione degli elementi di prova e la comunicazione delle fonti (Corte cost., 22 dicembre 1992, n. 476, in *Giur. cost.*, 1992, p. 4333 e Corte cost., 25 luglio 1995, n. 381, in *Cass. pen.*, 1996, p. 23).

to abbreviato, o sommari come nelle procedure cautelari, non mancano però interpretazioni di segno diverso che, assimilando queste regole di esclusione alla c.d. ‘inutilizzabilità fisiologica’ degli atti investigativi, e così sottraendole al trattamento giuridico previsto dall’art. 191, ritengono che il patto tra le parti possa dunque sterilizzare la violazione¹⁰¹.

C’è chi giunge a questa conclusione ravvisando un consenso ‘sanante’, relativamente a queste ed altre previsioni d’inutilizzabilità che, dettate non in ragione dell’inaffidabilità dell’informazione (come il divieto relativo agli anonimi), ma esclusivamente per salvaguardare diritti delle parti, sarebbero neutralizzate dall’adesione al patto acquisitivo da parte del titolare del diritto tutelato *tutte le volte* in cui tale diritto sia giuridicamente *disponibile*¹⁰². Ciò in quanto, se le regole di esclusione fondate sull’attitudine gnoseologica della prova attengono al valore pubblico ed indisponibile della qualità dell’accertamento e sarebbero perciò impermeabili alle scelte di parte, e se sarebbero, parimenti, sottratte ad ogni disponibilità pure le regole poste a tutela di diritti individuali indisponibili (come il divieto di intrusioni psichiche), o in cui l’oggetto della tutela è costituito da diritti di terzi estranei al processo (in tema di intercettazioni, ad esempio)¹⁰³, lo stesso non potrebbe dirsi nei casi in discorso: quando il titolare dell’interesse protetto dalla norma processuale presta il proprio consenso all’acquisizione dell’atto illegittimo egli non fa che rinunciare *a posteriori*, sulla scorta di proprie valutazioni strategiche, alla tutela predisposta dall’ordinamento.

In questa ricostruzione, attraverso l’adesione dell’imputato al patto acquisitivo l’accertamento differibile compiuto nonostante la sua riserva risulterebbe ‘sanato’: può darsi che gli esiti dell’accertamento risultino favorevoli, o che comunque l’imputato li reputi tali. Lo stesso potrebbe dirsi per le dichiarazioni spontanee dell’indagato alla p.g. (art. 350 comma 7), che diventerebbero pienamente utilizzabili quando la difesa faccia una valutazione di quel tipo; per le dichiarazioni autoindizianti rese dal teste assistito, (supponendole contenute in un atto investigativo) che diventerebbero così utilizzabili non solo a favore della

¹⁰¹ F.M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., p. 193, nt. 59; R. ADORNO, *L’ammissione della prova*, cit., p. 238; M. CERESA GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee dell’indagato*, cit., p. 117, con riferimento all’ipotesi prevista dall’art. 350, comma 7.

¹⁰² C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., p. 506; C. CONTI, *Acquisizione concordata*, cit., p. 878; P. TONINI, *Disciplina della prova*, cit., p. 341.

¹⁰³ In simili ipotesi si ritiene che «la tutela di questi prevalga sempre su quella della prova» (C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., p. 504).

persona tutelata dalla sanzione (art. 197-*bis* comma 5) ma anche contro di essa; per gli atti investigativi compiuti fuori termine (art. 407 comma 3). Il ‘diritto disponibile’ oggetto della tutela processuale nel nostro caso sembrerebbe il diritto di difesa, in alcune delle sue sfaccettature¹⁰⁴.

Secondo una ricostruzione diversa e di ben minore impatto, il consenso potrebbe determinare (non già una sanatoria del vizio processuale, ma) il superamento delle conseguenze sanzionatorie nelle sole ipotesi in cui l’inutilizzabilità del dato si fondi su un *deficit di contraddittorio*, ritenendosi le stesse, più che sanate, del tutto superate in presenza di un accordo acquisitivo. Nell’adesione al negozio processuale potrebbe ravvisarsi una sorta di ratifica dei risultati dell’atto da parte di chi è rimasto estraneo alla sua formazione; una partecipazione *a posteriori*¹⁰⁵. Un tale fenomeno si verificherebbe nel caso dell’accertamento tecnico differibile eseguito dal pubblico ministero nonostante la riserva di incidente probatorio, e qualcosa di simile avverrebbe pure nell’ipotesi della mancata partecipazione all’incidente probatorio del difensore di uno degli imputati, la cui assenza determina un divieto d’uso dibattimentale, soggettivamente relativo, della prova raccolta (art. 403 comma 1)¹⁰⁶.

¹⁰⁴ In una prospettiva *de iure condendo*, sviluppata riccamente in C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., in part. p. 497 ss., si è auspicata una ridefinizione dello statuto della inutilizzabilità delle prove, che estenda anche alle ipotesi sicuramente ‘patologiche’ la sanabilità per consenso, ove si tratti di inutilizzabilità ‘di tipo soggettivo’, ossia poste esclusivamente a tutela di interessi disponibili. La ricostruzione attinge dalle elaborazioni della dottrina tedesca, che, all’interno di una logica di ‘bilanciamento’ tra interessi – e in un sistema privo di una regola positiva che ricollegli all’acquisizione probatoria illegittima un corrispondente divieto di utilizzazione – esclude un divieto di utilizzazione in presenza del consenso della parte interessata (K. ROGALL, *Questioni fondamentali*, cit., p. 1098). Per le ipotesi di inutilizzabilità di tipo ‘oggettivo’ (quelle previsioni di inutilizzabilità che mirano ad estromettere dallo specchio decisorio dati incontrollabili), refrattarie a logiche consensuali, l’auspicata elasticità del regime sanzionatorio potrebbe ottenersi valorizzando, invece, a seconda dei casi l’offensività concreta della violazione o i meccanismi di conversione (C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., p. 531).

¹⁰⁵ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 195; *contra*, A. CAMON, *Accordi processuali*, cit., p. 72.

¹⁰⁶ Rispetto a quest’ultima ipotesi, si noti che il verbale è comunque destinato *ex lege* a far parte da subito del fascicolo dibattimentale, poiché si tratta di un’inutilizzabilità soggettivamente relativa, cosicché saremmo in ogni caso fuori dalla fattispecie degli accordi sul fascicolo disciplinati dagli artt. 431 comma 2 e 493 comma 3. S’è detto che, ravvisando nel consenso una modalità postuma di partecipazione al contraddittorio, a neutralizzare il divieto d’uso dovrebbe bastare l’adesione dell’imputato assente *illo tempore*, mentre «non si vede perché quest’effetto dovrebbe essere subordi-

Rispetto a simili ricostruzioni, emerge subito che il punto debole è rappresentato dall'assenza di riscontri normativi. In realtà, le *uniche* ipotesi in cui può configurarsi la disponibilità di una regola di esclusione probatoria sono quelle in cui il legislatore prevede – *espressamente* – che una tal regola non operi in presenza di un 'consenso' dell'imputato. Consenso attraverso il quale quest'ultimo non fa che prestare acquiescenza all'uso di un dato che altrimenti risulterebbe inutilizzabile (così disponendo di un suo interesse, identificabile nel 'diritto al confronto' con la fonte di prova). Accade nell'art. 500 comma 3, relativamente alle dichiarazioni del teste che nell'esame si sia sottratto ad uno degli escussori; nell'art. 513 commi 1 e 2 relativamente ai *dicta* di coimputati o degli imputati in procedimento connesso che rifuggono l'esame dibattimentale¹⁰⁷.

Queste teorie – ispirate dal comprensibile intento di scongiurare le conseguenze disfunzionali che potrebbero derivare dalla rigidità del sistema delle invalidità probatorie – sfruttano l'elemento del consenso delle parti interessate, muovendo dalla pretesa, non giustificata, di ricostruire i principi di un *sistema* (in questo caso, il sistema della legalità della prova penale) per dare risposta a quelli che sono *casi-limite*, nei quali la prova raccolta *contra legem* dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria risulti in qualche misura 'conveniente' all'imputato (il quale potrebbe perciò avere interesse a che essa non sia estromessa dal materiale valutabile)¹⁰⁸.

Al contrario, nelle trame del codice vigente si legge senza difficoltà il principio generale secondo cui le regole che escludono o limitano l'efficacia delle prove sono insensibili ai comportamenti acquiescenti dei contendenti, salvo che la legge non preveda espressamente che il

nato al requisito aggiuntivo che il pubblico ministero conceda il *placet*» (A. CAMON, *Accordi processuali*, cit., p. 72, il quale pure esclude una tale efficacia del consenso). In verità, non si direbbe irragionevole pretendere, in quell'ipotesi, una convergente volontà dell'accusatore: nell'incidente probatorio il contraddittorio e l'apporto di ogni parte, compreso il p.m., alla formazione della prova, sono orientati e limitati dalla prospettiva di un impiego circoscritto agli imputati rappresentati nell'udienza.

¹⁰⁷ Poco rileva, da questo punto di vista, che l'elemento consensualistico incida, nel primo comma dell'art. 513, solo sull'utilizzabilità del verbale del quale si sia data lettura in dibattimento, mentre nel secondo comma condiziona, combinato col consenso delle altre parti, la stessa leggibilità dell'atto.

¹⁰⁸ Si tratta, è appena il caso di notarlo, di strategie rischiose: l'informazione che appare favorevole alla difesa che ne invochi l'acquisizione può essere sempre utilizzata dalla controparte a proprio vantaggio. E – soprattutto – può essere pur sempre valutata dal giudice in un modo differente e sfavorevole senza che il soggetto che ha rinunciato alla tutela del proprio interesse possa rimediare.

divieto sia neutralizzabile dal consenso, *sub specie* di accettazione degli effetti dell'atto o sotto altra forma.

Quando il codice vigente ha stabilito che le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono fondare il convincimento del giudice; che quest'ultimo deve dichiarare, a prescindere dai rilievi di parte, l'inefficacia della prova eventualmente acquisita, quale che sia l'avanzamento della procedura; che l'impiego decisivo di quella prova giustifica *ex se* il ricorso per cassazione contro la sentenza, ha disciplinato, severamente, la reazione dell'ordinamento processuale alla violazione delle regole di esclusione probatoria. E si tratta di una regolamentazione unitaria, applicabile in relazione a qualsiasi regola d'esclusione posta dalla legge: per quelle dettate in ragione dell'inaffidabilità di certe informazioni come per quelle prescritte a salvaguardia dei diritti fondamentali dell'imputato o delle altre persone coinvolte nel processo; per quelle che favoriscono la correttezza dell'accertamento giurisdizionale, come per quelle che operano anche a costo di ostacolare quell'accertamento, perché impediscono che il processo si avvalga di conoscenze ottenute in spregio di valori tutelati dall'ordinamento, in omaggio ad una concezione 'legalmente limitata' dell'accertamento giudiziale¹⁰⁹; una concezione che oggi rappresenta per giunta un corollario del canone costituzionale secondo cui «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge» (art. 111 comma primo Cost.).

È stato affermato, condivisibilmente, che le regole di esclusione probatoria non soltanto rappresentano altrettanti limiti che qualsiasi forma di esercizio di potere pubblico non può non avere in uno Stato di diritto, ma possono esser considerate «lo strumento tecnico attraverso cui l'indefettibile funzione gnoseologica del processo si armonizza con l'insieme di altri valori espressi dalla Costituzione, la cui salvaguardia giustifica la selezione delle conoscenze di cui può avvalersi la giurisdizione penale»¹¹⁰. Ciò colloca queste regole nell'ambito di uno statuto del conoscere giudiziale, frutto di precise scelte politiche

¹⁰⁹ M. NOBILI, *La prova inutilizzabile*, cit., p. 367.

Notiamo che le ragioni dell'indisponibilità che caratterizza l'istituto della 'inutilizzabilità' delle prove restano valide quale che ne sia la nozione, sia che si metta l'accento sull'aspetto sanzionatorio, di risposta alla violazione di regole, sia che, privilegiando il profilo funzionale, se ne ravvisi l'essenza nell'inefficacia della prova, ossia nell'inefficienza a creare nel giudice il dovere di prendere l'atto in considerazione, anzi nella nascita del dovere opposto (sui problemi di configurazione, A. CAPONE, *L'invalidità*, cit., p. 208 ss.).

¹¹⁰ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 69, secondo la quale l'indisponi-

e tecniche del legislatore, sottratto non solo alla disponibilità del giudice ¹¹¹ ma anche agli spazi di manovra delle parti ¹¹². Pertanto, mentre è legittimo un calcolo legislativo che condizioni alle valutazioni di uno dei contraddittori (in ipotesi, l'imputato) la rilevanza di una certa regola istruttoria, non pare consentito all'interprete postulare, all'interno di una regola posta dalla legge, un meccanismo di disattivazione connesso a scelte strategiche di convenienza di questa o quella parte del processo ¹¹³.

Viene poi in gioco un'altra implicazione rimarchevole del principio di legalità processuale applicato alla materia probatoria.

Le conseguenze finali di ogni acquisizione difforme dai canoni legali, ossia il dovere incombente sul giudice di non tener conto della prova ai fini della decisione, e il vizio della sentenza nella quale egli l'abbia ciò nondimeno considerata, rappresentano non solo la *reazione* dell'ordinamento all'inosservanza che si è consumata ¹¹⁴, ma anche un importante fattore di *dissuasione* per le parti, cui spetta la raccolta probatoria, dall'agire *contra legem*, poiché chi trasgredisce alla regola non può sperare di avvantaggiarsi del risultato ottenuto ¹¹⁵. Se è così, non

bilità della funzione di accertamento propria del processo penale e delle regole di tale accertamento è un portato della presunzione d'innocenza (p. 54 ss.).

¹¹¹ Oltre che dello stesso legislatore ordinario, per M.L. DI BITONTO, *Profili dipositivi*, loc. ult. cit.

¹¹² Le regole sulla formazione della prova penale hanno in ogni caso implicazioni di ordine etico, logico, psicologico: G. DE LUCA, *Cultura della prova*, cit., p. 28; C. CESARI, *L'isolamento del testimone*, cit., p. 697 ss.; M. DANIELE, *Regole di esclusione*, cit., p. 11 ss.

¹¹³ Per questo motivo sono fuori sistema le ricostruzioni attraverso le quali la giurisprudenza cerca di mitigare le conseguenze di alcune violazioni 'sanzionate' con l'inutilizzabilità, rimettendo l'attivazione della sanzione ad un potere d'eccezione (in senso stretto) della parte interessata, del quale non v'è traccia nelle norme positive: si pensi alla massima secondo la quale possono essere dedotte soltanto *ope exceptionis* l'inutilizzabilità degli atti investigativi tardivi (Cass., Sez. I, 14 giugno 2013 n. 36671, in *C.E.D. Cass.*, n. 256699) o degli atti di indagine compiuti a procedimento archiviato senza autorizzazione alla riapertura (Cass., Sez. I, 24 giugno 1998, Coppola, in *Giust. pen.*, 1999, III, c. 335).

¹¹⁴ Nell'ambito delle misure predisposte dagli ordinamenti giuridici per rafforzare l'osservanza delle proprie norme, potremo dirle 'misure riparative', così definendo quelle che tendono a rimediare al danno derivante dall'inosservanza (N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 319): evidentemente l'unica riparazione possibile qui consiste nell'escludere che il dato informativo spurio concorra a fondare la decisione penale.

¹¹⁵ Dunque le misure riparative concorrono in qualche modo alla funzione svolta dalle misure 'preventive', nel nostro ordinamento processuale rintracciabili in principi deontologici, regole di *fairplay*, sistemi disciplinari: «punizione (e riparazione) entrano in funzione quando fallisce lo scoraggiamento ma sono a loro volta scoraggianti» (N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., p. 318).

c'è dubbio che la derogabilità, unilaterale o pattizia, della regola probatoria indebolisca l'efficacia deterrente della stessa¹¹⁶.

Questa controindicazione è stata ritenuta trascurabile, anche perché «il soggetto che infrange il divieto non può prevedere *ex ante* se la parte "lesa" consentirà all'utilizzazione dell'atto». E tuttavia, occorre pur considerare che nel processo penale, dove una delle parti è istituzionalmente debole, la prospettiva di addivenire ad un accordo che dia ingresso a prove illegittime può esser coltivata dalla parte istituzionalmente forte, magari proprio per rimediare alla propria *defaillance*. E siccome queste dinamiche, più che manifestarsi nelle prassi di questo o quell'ufficio, tendono a diffondersi nel costume giudiziario fino a modificare il diritto processuale 'vivente', appare ottimistico fare affidamento, per controbilanciare, sul potenziamento dei sistemi disciplinari¹¹⁷.

Non sembra che l'ordinamento processuale vigente, nell'impedire deroghe negoziali alla *lex probatoria*, deprivi i contendenti di prerogative che in un processo di parti esse meriterebbero di avere.

Non certo l'accusatore, il quale rispetto alla legalità delle indagini ha un potere 'preventivo', poiché normalmente le trasgressioni consumate in quella fase sono riconducibili più o meno direttamente al suo operato. Quanto alla difesa, è vero che di regola non è «in potere dell'imputato impedire che l'autorità penale trasgredisca la legge processuale»¹¹⁸, e che può perciò sembrare illogico privare quest'ultimo della possibilità di invocare la valutazione dell'informazione raccolta *contra legem* ove essa risulti a lui favorevole, ma va considerato che l'imputato è pur sempre protetto, anche rispetto a simili sfortunate eventualità, dalla presunzione di non colpevolezza, in virtù della quale la lacuna probatoria non può mai rivolgersi a suo danno.

In conclusione, possiamo dire che gli accordi sul contenuto del fascicolo dibattimentale consegnano al giudice i verbali investigativi 'patteggiati' senza poterne modificare la validità giuridica, nel senso che essi trasmigrano da un fascicolo all'altro senza liberarsi dalle even-

La valenza deterrente delle regole di esclusione probatoria è tanto più preziosa quanto meno efficaci sono le possibilità di prevenzione delle inosservanze: nel sistema del processo, la prevenzione è complicata dall'appartenenza degli attori ad ordinamenti separati, dotati in varia misura di una propria autonomia (sull'obbligo di lealtà e probità delle parti processuali R. ORLANDI, *L'attività argomentativa*, cit., p. 27 ss.).

¹¹⁶ C. CONTI, *Acquisizione concordata*, cit., in G.M. BACCARI - C. CONTI, *Una nuova espressione*, cit., p. 88; C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., p. 514.

¹¹⁷ C. CONTI, *Acquisizione concordata* cit., in G.M. BACCARI - C. CONTI, *Una nuova espressione*, p. 88; C. CONTI, *Accertamento del fatto*, cit., p. 514.

¹¹⁸ K. ROGALL, *Questioni fondamentali*, loc. cit.

tuali patologie che possano derivare dal loro irrituale compimento, e comunque con tutte le eventuali limitazioni d'efficacia ai fini della decisione, eccetto quella dipendente dalla fase in cui l'atto è stato compiuto (artt. 431, 514, 526) superata – questa sì – dall'accordo tra le parti. Il potere dispositivo di cui questi accordi processuali sono espressione ha ad oggetto, esclusivamente, la barriera che tiene separati gli atti raccolti nel segreto delle indagini da quelli formati nella luce del dibattimento.

5. ATTI NULLI

Di un effetto 'sanante' degli accordi acquisitivi può dubitarsi finanche in relazione a sanzioni processuali che da sempre sono sensibili alle logiche dispositive, come le nullità. È infatti meno scontato di quanto la sua diffusione può far pensare l'assunto secondo cui, in presenza di atti investigativi affetti da nullità ancora deducibili al momento dell'accordo acquisitivo, il perfezionamento del patto determini la sanatoria prevista dall'art. 183 lett. a) ultima parte: il fatto che la parte interessata a far valere la nullità abbia convenuto con l'antagonista l'allegazione di un atto investigativo al fascicolo del giudice dibattimentale integrerebbe un comportamento acquiescente agli effetti dell'atto illegittimamente compiuto. La situazione dovrebbe verificarsi piuttosto raramente, essendo ipotizzabile solo in relazione ad atti investigativi affetti da nullità di tipo 'intermedio': le nullità assolute sono insanabili e una nullità relativa non sarebbe già più deducibile per il decorso dei termini, al momento della formazione del fascicolo. Ciò nondimeno, l'assunto merita qualche riflessione, anche per la delicatezza dei temi che lambisce (vizi degli atti, profili dispositivi, ruolo del giudice).

Preliminarmente, e prescindendo per il momento dagli accordi, osserviamo che l'impostazione affermatasi vigente il codice Rocco e ancora dominante, secondo cui la volontà di accettare gli effetti dell'atto può manifestarsi anche implicitamente (purché in modo inequivoco), merita di esser messa in discussione alla luce delle norme attuali¹¹⁹. Mentre infatti nella disciplina 1930 l'accettazione tacita era contemplata espressamente, il codice vigente ha eliminato le parole «anche taci-

¹¹⁹ Secondo questa impostazione, nella lett. a) dell'art. 183 sarebbero previste tre forme di 'comportamento acquiescente': 1) la rinuncia espressa ad eccepire la nullità (forma specifica di accettazione tacita degli effetti dell'atto); 2) l'accettazione espressa degli effetti dell'atto; 3) l'accettazione tacita di tali effetti (G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità*, cit., p. 144 ss.).

ta» presenti nell'art. 187 c.p.p. abr., con una scelta innovativa che suggerisce l'intento di alzare il tasso di oggettività delle figure di acquiescenza¹²⁰.

Questo rilievo corrobora una ricostruzione diversa da quella attualmente corrente, secondo cui il nostro codice di rito non ammette acquiescenze 'sananti' *per facta concludentia*, ma solo rinunce espresse ad eccepire il vizio o accettazioni espresse degli effetti dell'atto, ossia da vere e proprie 'dichiarazioni' di accettazione¹²¹.

Ove si escludesse che il codice vigente contempli una forma di acquiescenza tacita tra le cause generali di sanatoria si eviterebbero al giudice difficili introspezioni psicologiche, poco funzionali al congegno della nullità, e incensurabili in Cassazione se adeguatamente motivate. A proposito dell'acquiescenza tacita dell'art. 187 c.p.p. abr., si notava come «anche rispetto a questa, anzi maggiormente, la certezza deve essere identica a quella che si richiede quando l'accettazione del provvedimento o dell'atto avvenga in forma espressa»¹²².

Inoltre, questa ricostruzione contrasterebbe quella giurisprudenza largheggiante che, nell'intento di scongiurare strumentalizzazioni della nullità, ravvisa sanatorie in «situazioni in cui la probabilità di sussistenza di una volontà acquiescente sia mediocre, scarsa o addirittura nulla»¹²³, fino a sovrapporre acquiescenza e omessa deduzione del vizio¹²⁴. È evidente che, interpretando così la 'accettazione' di cui all'art. 183, per ravvisare una sanatoria conseguente all'accordo sul fascicolo dibattimentale occorrerebbe necessariamente una contestuale dichiarazione di accettazione degli effetti dell'atto da parte di chi avrebbe titolo a dedurre la nullità.

L'assunto cui si è accennato all'inizio del paragrafo in ordine all'ef-

¹²⁰ Lo testimonia anche dalla codificazione della nuova ipotesi della 'rinuncia espressa'. Vale poco, come argomento interpretativo di segno contrario, che l'acquiescenza tacita sia menzionata, peraltro senza particolare approfondimento, nella relazione di accompagnamento al progetto preliminare (v *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *G.U.* n. 250 del 24 ottobre 1988, p. 70).

¹²¹ A. FURGIUELE, *Concetto e limiti*, cit., p. 142 ss. In questa prospettiva, accettazione degli effetti e rinuncia non si differenziano per le modalità di esternazione (sono entrambe 'dichiarazioni espresse') ma solo per il fatto che con la prima la parte aderisce «ad una situazione giuridica pregiudizievole già verificatasi», mentre la seconda «tende a proiettarsi nel futuro» (G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità*, cit., p. 161 ss.), riferendosi ad effetti che non si sono ancora prodotti.

¹²² C. MASSA, *L'acquiescenza nel processo penale*, Giuffrè, 1954, p. 139.

¹²³ G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità*, cit., p. 161 ss.

¹²⁴ Sulla necessità di distinguere i fenomeni cfr. F. CORDERO, *Procedura* (1987), cit., p. 895.

fetto sanante degli accordi ha invece come premessa la *lectio* più accreditata, che ammette l'acquiescenza tacita, e si basa sulla considerazione empiricamente fondata che chi acconsente all'allegazione del verbale ha sostanzialmente 'accettato' che le relative informazioni siano conoscibili, e valutabili, dal giudice.

A ben vedere però – e pur dando per corretta la configurazione di una accettazione *per facta concludentia* – si tratta di un'esegesi tecnicamente eccepibile, in quanto la conclusione di un accordo per l'acquisizione di atti non sembra sussumibile nella previsione di cui all'art. 183 lett. a), se non a prezzo di una indebita estensione, per via interpretativa, sia del valore giuridico degli accordi acquisitivi, sia degli spazi applicativi dell'acquiescenza.

L'adesione della parte all'accordo sul fascicolo sembra infatti esprimere e rappresentare qualcosa in più e contemporaneamente qualcosa di meno rispetto alle condotte rientranti nel paradigma normativo dell'art. 183 comma 1 lett. a), seconda parte.

Qualcosa in più, perché l'inserimento del verbale investigativo nel fascicolo dibattimentale provoca effetti diversi ed ulteriori rispetto a quelli 'naturali' dell'atto compiuto illegittimamente¹²⁵. Quale atto investigativo 'ripetibile', esso non varrebbe che per le decisioni interne alle fasi preliminari: l'accordo acquisitivo ne innova completamente l'efficacia giuridica, parificandola a quella normalmente riconosciuta agli atti istruttori compiuti in dibattimento¹²⁶.

Qualcosa in meno, rispetto agli atti di parte tradizionalmente ricondotti alla figura della acquiescenza tacita, perché quest'ultima presuppone un atto od un comportamento processuale incompatibile con l'intento di far valere la nullità¹²⁷, o quanto meno un atto dal quale

¹²⁵ Per esemplificare una sanatoria del genere rispetto ad atti a funzione istruttoria la dottrina è costretta ad immaginare «il caso della parte che, *pur dimostrando di conoscere il vizio di una prova*, ne utilizza le risultanze per formulare al giudice una richiesta a proprio vantaggio» (O. DOMINIONI, sub *Art. 183*, cit., p. 296). In realtà, la figura normativa della 'accettazione degli effetti' risulta scarsamente determinata e dunque esposta all'arbitrio; non a caso questa forma di sanatoria nasce nel nostro diritto processuale, all'interno del codice del 1913, limitatamente alle nullità attinenti l'invito a comparire in giudizio (lo ricorda G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità*, cit., p. 149).

¹²⁶ Se nel processo l'«effetto» di un atto a funzione istruttoria è ravvisabile nel dovere del giudice di prenderlo in considerazione possiamo dire che l'atto di indagine che non ha alcun effetto in dibattimento, viene ad acquisire effetti proprio in virtù dell'accordo.

¹²⁷ Secondo l'elaborazione processual-civilistica: il codice di rito civile contiene una definizione normativa dell'acquiescenza tacita alla sentenza (art. 329 c.p.c. «ac-

«è dato trarre sicuramente, alla stregua della comune esperienza, la sussistenza di un certo stato d'animo del soggetto»¹²⁸, nel senso dell'adesione agli effetti, *rectius* allo «stato di cose risultante dal compimento dell'atto nullo»; cosicché, in presenza di atti dal significato non univoco, la parte non perde il potere di eccepire il vizio e in caso di nullità intermedia il giudice resta tenuto al dovere di dichiararlo.

Questo tipo di sanatoria si basa su un atto dispositivo della parte, che consente alla lesione del proprio interesse rinunciando alla tutela apprestata dall'ordinamento processuale, sulla base di un calcolo strategico, stando al quale non pare utile far valere la sanzione: può essere che essa non si ritenga pregiudicata in concreto dalla violazione, o comunque reputi più conveniente la prosecuzione del processo senza interruzioni piuttosto che l'arresto o la regressione dello stesso. L'atto dispositivo sottintende la coscienza dell'esistenza e del contenuto del vizio, poiché «non avrebbe molto senso trarre da un certo comportamento l'intento di accettare gli effetti dell'atto nonostante il vizio, se di quest'ultimo l'autore del comportamento non avesse consapevolezza»¹²⁹. Né convince la tesi secondo cui perché si abbia acquiescenza è sufficiente la mera «possibilità di conoscenza» del vizio¹³⁰. Del re-

quiescenza totale o parziale») identificata in «atti incompatibili con la volontà di avvalersi delle impugnazioni ammesse dalla legge».

¹²⁸ C. MASSA, *L'acquiescenza*, cit., p. 140, secondo il quale l'attitudine dell'atto o del comportamento sanante ad «illuminare lo stato di coscienza di chi lo pone in essere», fa di questo una «dichiarazione tacita» (p. 67), diremmo un comportamento con efficacia dichiarativa.

¹²⁹ T. RAFARACI, voce *Nullità* (*dir. proc. pen.*), cit., p. 618; conformi, M. PANZA-VOLTA, voce *Nullità degli atti processuali*, cit., p. 13; A. CAPONE, *L'invalidità nel processo penale*, cit., p. 250. È appena il caso di notare che, nel sottolineare la rilevanza della 'consapevolezza' della nullità non si vuole affermare né prendere posizione in ordine alla rilevanza dei vizi della volontà ai fini della validità ed efficacia degli atti processuali (sul tema cfr. le ancora attuali riflessioni di G. RICCIO, *La volontà delle parti*, cit., p. 147 ss.): qui non vengono in gioco gli effetti giuridici dell'accordo processuale, ma rileva la partecipazione ad esso in quanto *comportamento* significativo di uno stato d'animo.

¹³⁰ In riferimento all'art. 187 c.p.p. 1930, cfr. G. LEONE, *Trattato di diritto*, cit., p. 731; in relazione al codice vigente, L. CREMONESI, *Le sanatorie generali*, cit., III, c. 88. Ovvio che la sanatoria sia esclusa in radice quando, ad es., il difensore d'ufficio dell'imputato contumace non abbia potuto esaminare gli atti: se il giudice può ragionevolmente escludere nel caso concreto la conoscibilità del vizio, deve *a fortiori* escluderne la conoscenza, e dunque non è autorizzato a formulare illazioni dal comportamento della parte. Il problema è se, a fronte di un comportamento apparentemente adesivo alle conseguenze dell'atto, possa davvero limitarsi a verificare che la violazione sia conoscibile (ad esempio, essendo stato l'atto esposto alla difesa ed esaminato), disinteressandosi di appurare se l'astratta conoscibilità si sia concretizzata in effettiva conoscenza.

È teorizzata nel diritto processuale civile una figura di 'acquiescenza' in cui «non

sto, l'inconsapevolezza può dipendere da varie cause, da un esame poco attento delle carte delle indagini, come da una particolare interpretazione, in diritto o in fatto, delle risultanze processuali¹³¹. Insomma, la consapevolezza è implicata dalla natura *negoziale* dell'atto 'sanante'¹³².

Non sfuggono gli inconvenienti di quest'impostazione: se l'accertamento dell'acquiescenza tacita richiede che il giudice possa ragionevolmente inferire dalla condotta della parte la coscienza della nullità, c'è il rischio che il soggetto reputato acquiescente possa contestare l'esistenza di una tale consapevolezza, magari proponendo l'eccezione prima dello spirare del termine. Tale possibilità depotenzia l'istituto, che mira a neutralizzare l'incertezza derivante al procedimento dalla presenza dell'atto viziato stabilizzando con poche attività ed in un tempo che può essere brevissimo la situazione giuridica processuale della quale l'atto è parte¹³³. D'altra parte, il rischio è minimizzato solo da un impegnativo apprezzamento delle circostanze del caso concreto, che consenta di ritenere che la consapevolezza del vizio sia, quantomeno, seriamente postulabile. Ma questo rilievo, lungi dal giustificare una sanatoria da 'acquiescenza inconsapevole', semmai conforta l'opportu-

occorre né rileva un'«effettiva» conoscenza del vizio o dell'impugnabilità da parte dell'autore dell'atto, ma, soltanto che una conoscenza *risulti* ove si applichino, al materiale legittimamente utilizzato, le regole d'esperienza di cui si deve far uso» (E. MINOLI, *L'acquiescenza nel processo civile*, cit., p. 345) ma essa sembra ritagliata sulla fattispecie – assai peculiare – dell'acquiescenza alla *sentenza* (quale fattore estintivo del potere d'impugnazione: art. 329 c.p.c.). Per altro verso, nel processo civile l'istituto più somigliante a quello di cui all'art. 183 lett *a*) la 'rinuncia tacita' a far valere le nullità degli *atti* del procedimento, opera in modo limitatissimo poiché le nullità vanno dedotte, di regola *ope exceptionis*, «nella prima istanza o difesa successiva all'atto o alla notizia di esso» (art. 157 c.p.c.).

¹³¹ D. POTETTI, *Inutilizzabilità e altri vizi*, cit., p. 655.

¹³² Se la *ratio* comune ad ogni sanatoria è legata alla *concreta inoffensività* del vizio, la negozialità rappresenta la peculiarità dell'accettazione degli effetti e della rinuncia rispetto alle altre fattispecie conosciute dal codice (il 'conseguimento di scopo' di cui alla lett. *b*), la sanatoria speciale delle citazioni *ex* art. 184) nelle quali, non a caso, la condotta sanante è slegata dalla consapevolezza della nullità. Nelle figure ora ricordate, limitate alle ipotesi in cui la nullità consegue alla carenza di un requisito previsto all'unico fine di consentire il concreto esercizio di una facoltà, tale inoffensività deriva da un comportamento della parte (l'esercizio della facoltà) grazie al quale viene raggiunto *comunque* lo scopo *pratico* della norma. Nell'acquiescenza e nella rinuncia l'inoffensività in concreto deriva, invece, da una *scelta dispositiva* della parte che, nonostante l'interesse salvaguardato dalla fattispecie violata sia stato sacrificato, rinunciando al rimedio dismette l'interesse (disponibile) medesimo. Insomma, non è che la parte renda innocua la trasgressione aderendo alle conseguenze dell'atto nullo: fosse così, svanirebbe qualsiasi rilievo dell'elemento psicologico, e pure la mera conoscibilità del vizio sarebbe ininfluente.

¹³³ C. MASSA, *L'acquiescenza*, cit., p. 62.

nità di una lettura giudiziosa della accettazione sanante, che ricollegli l'effetto ad una dichiarazione *espressa*.

Orbene, la partecipazione ad un accordo che ha l'effetto di annettere un verbale al fascicolo processuale non è – considerata di per sé – un dato dal quale il giudice possa dedurre, col rigore logico adeguato al caso, che la parte interessata ad eccepire il vizio ne abbia cognizione, non essendo affatto improbabile l'ipotesi contraria: l'adesione a questi accordi, s'è detto nel primo capitolo, può avere i moventi soggettivi più vari, ed è possibile che la parte tutelata dalla nullità sia – a seconda dei casi – assolutamente interessata a che il giudice valuti nella decisione l'informazione desumibile dal protocollo investigativo o totalmente disinteressata rispetto all'atto medesimo. Pertanto, a meno che l'adesione al patto non sia accompagnata da un'accettazione espressa della nullità dell'atto, o almeno da un contegno significativo in tal senso, sembra plausibile ritenere che la parte interessata rimanga legittimata, fino alla deliberazione della sentenza di primo grado, ad eccepire la nullità a regime intermedio, ed il giudice tenuto a dichiararla ¹³⁴.

Questa conclusione conferma quanto osservato alla fine del paragrafo precedente circa l'ambito di incidenza del potere istruttorio previsto dagli artt. 431 comma 2, 293 comma 3 e 500 comma 7 c.p.p.: l'unica regola probatoria la cui osservanza è rimessa alle valutazioni strategiche delle parti è quella che sottrae al bagaglio conoscitivo del giudice gli atti che non sono formati nel processo.

¹³⁴ Altro discorso è quello relativo alla giustificabilità, nell'attuale sistema, di un dovere di rilevazione officiosa che concorre col potere d'eccezione delle parti interessate (F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 177).

Se le osservazioni fin qui svolte in ordine all'efficacia sanante degli accordi probatori fossero esatte, esse dovrebbero valere – *a fortiori* – ad escludere la possibilità di identificare nella richiesta di giudizio abbreviato, in se considerata, una 'accettazione degli effetti' in relazione ad ogni atto del fascicolo del pubblico ministero che sia affetto da nullità intermedie e relative, come la giurisprudenza, specie a partire dalla citata pronuncia delle Sezioni unite 'Tammaro' pretende, e la dottrina ha sempre escluso (M. NOBILI, *Concetto di prova*, cit., c. 276; per un recente approfondimento della questione, cfr. G. DI PAOLO, *La sanatoria delle nullità*, cit., p. 174 ss.).

CAPITOLO VII

SOGGETTI DEGLI ACCORDI

SOMMARIO: 1. Il problema degli interlocutori del patto probatorio. La teoria relativistica. – 2. La teoria dell'interesse *ad opponendum*. – 3. Conclusioni: gli accordi richiedono l'unanimità.

1. IL PROBLEMA DEGLI INTERLOCUTORI DEL PATTO PROBATORIO. LA TEORIA RELATIVISTICA

Uno degli aspetti 'di disciplina' maggiormente controversi e oggettivamente più critici è quello della individuazione dei soggetti 'legittimati' a stipulare gli accordi sulla composizione del fascicolo dibattimentale e, più in generale, quello della rilevanza del contegno di ciascuna delle parti rispetto alla praticabilità e/o all'efficacia dell'accordo. Le previsioni normative fanno riferimento alle «parti» del processo¹, senza specificazioni.

Non c'è dubbio che pubblico ministero e imputato siano *parti necessarie* del patto istruttorio, nel senso che nessuna acquisizione concordata è pensabile senza che vi sia *almeno* il consenso dell'accusato e dell'accusatore. Resta tuttavia da appurare se l'incontro di tali volontà sia condizione soltanto necessaria o anche sufficiente al perfezionamento della fattispecie processuale, quando nel processo figurino una parte civile, un responsabile civile, un civilmente obbligato per la pena pecuniaria, e quando nel medesimo processo compaiano diversi imputati.

¹ La qualifica lascia fuori la persona offesa, la quale potrà dunque soltanto supportare le valutazioni del pubblico ministero. Allo stesso modo, di eventuali materiali informativi raccolti dal difensore dell'offeso nell'ambito di una propria indagine difensiva l'inserimento nel fascicolo dibattimentale potrà essere negoziato dal pubblico ministero. L'art. 327-*bis* non lascia dubbi sul fatto che anche il patrono dell'offeso sia titolare dei poteri investigativi assegnati al difensore (G. SPANGHER, *I profili soggettivi*, cit., p. 157).

I profili soggettivi dell'accordo sono apparsi incerti, anzitutto, in relazione alle ipotesi del processo con più imputati. L'interpretazione più aderente al testo normativo, allo stato minoritaria nella dottrina ma accolta da alcune massime di legittimità, considera necessario al perfezionamento del negozio processuale e al conseguente trasferimento del verbale un *consenso unanime* di tutte le parti presenti nel processo.

Dalla dottrina dominante la questione dei processi cumulativi viene invece risolta accedendo ad una ricostruzione 'contrattualistica' del nuovo istituto secondo la quale per il perfezionamento del negozio probatorio non occorre un consenso universale, ma nei confronti dei dissenzienti l'accordo non vale.

Lo schema è il seguente: esistono *contraenti necessari*, ossia il pubblico ministero e l'imputato, o uno degli imputati nei processi cumulativi. Le altre parti, coimputati e parti accessorie, sono *contraenti eventuali*: essi possono cioè rimanere estranei al patto istruttorio, dissentendo o non partecipandovi, senza che ciò precluda l'integrazione della fattispecie processuale e la produzione del suo effetto giuridico, ossia la transizione dell'atto dal fascicolo del p.m. all'incartamento ufficiale.

Ciò nondimeno la mancata adesione di uno dei contraenti eventuali non sarebbe una circostanza priva di significato giuridico: pur non impedendo il perfezionamento del negozio acquisitivo, essa incide sull'ampiezza dell'efficacia probatoria dell'atto, rendendo immune il dissenziente. Insomma, il rilievo della volontà dei contraenti non stipulanti non si esprimerebbe sul piano del *perfezionamento* della fattispecie acquisitiva, bensì su quello del valore giuridico degli atti annessi al fascicolo dibattimentale, nel senso che il loro impiego decisorio soffrirebbe di un limite soggettivo, legato al modo in cui esso è stato incluso nel materiale valutabile come prova.

Nei confronti dell'*extraneus*, il protocollo investigativo non verrebbe emancipato dalla sua originaria inidoneità probatoria, e resterebbe (fisiologicamente) non-utilizzabile, come se non fosse mai transitato nel fascicolo dibattimentale².

² F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 878; M. NOBILI, *Giusto processo e indagini difensive*, cit., p. 12; S. CORBETTA, *Commento agli artt. 38-40 l. 16 dicembre 1999*, n. 479, cit., p. 411; G. GARUTI, *La formazione del fascicolo*, cit., p. 557; ID., *Dal dissenso immotivato*, cit., p. 1336; ID., *Il procedimento per citazione*, cit., p. 205; L. KALB, *La richiesta di ammissione dei mezzi di prova*, cit., p. 182; P. MOSCARINI, sub Art. 493, cit., p. 1292; G.M. BACCARI - C. CONTI, *Una nuova espressione*, cit., p. 885; D. CHINNICI, *L'incursione della 'prova negoziata'*, cit., p. 868; M. GEMELLI, *L'irruzione della negozialità*, cit., III, c. 730; G. UBERTIS, *Neutralità metodologica*, cit., p. 24.

In questa ricostruzione – elaborata con riferimento ai processi con più imputati – l'accordo sul contenuto del fascicolo funziona come normalmente fanno i negozi giuridici consentiti all'autonomia dei privati, ossia creando effetti giuridici limitati ai contraenti; sarebbero configurabili accordi settoriali tra il pubblico ministero e ciascuno degli imputati; nessuno è vincolato dalla *res inter alios acta*.

Insomma, leggendo il termine «parti», negli artt. 493 comma 2, 431 comma 2, come se significasse «il pubblico ministero e l'imputato», si ritiene che ogni coimputato possa stipulare un negozio autonomo avente il medesimo oggetto³. L'accordo tra il pubblico ministero ed uno degli imputati, integrando tutti i requisiti della fattispecie, produrrebbe il relativo effetto giuridico, ossia la transizione del protocollo dal fascicolo investigativo a quello del giudice. L'atto così annesso soffrirebbe tuttavia di una inutilizzabilità parziale soggettivamente orientata, relativamente alle parti che non hanno aderito all'accordo acquisitivo. Dal punto di vista processuale, saremmo di fronte ad una nuova ipotesi di relatività soggettiva della prova⁴.

Rispetto ad una simile ricostruzione non si può fare a meno di notare, innanzitutto, il contrasto con la *littera legis*: quando le disposizioni codicistiche contengono quel richiamo generico a «le parti», si riferiscono sempre a tutte le parti costituite nel processo, mentre quando il legislatore ha permesso la stipulazione di accordi probatori tra alcuni soltanto dei partecipanti al processo, con conseguenti limiti d'uso dei dati acquisiti, non ha *mai* mancato di esplicitare questi limiti di efficacia della prova⁵.

³ Questa ricostruzione ricorda l'iniziale configurazione delle acquisizioni concordate nell'elaborazione che ha dato vita alla legge 'Carotti', ripresa dal progetto del 1996 sull'udienza predibattimentale (*retro*, cap. III § 2), ove si prevedeva che potessero essere «inseriti, su autorizzazione del giudice, gli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero per i quali vi sia la richiesta o il consenso del difensore dell'imputato».

⁴ Nel rito vigente il relativismo probatorio, in virtù del quale un'informazione introdotta nel processo può essere usata a certi fini e ad altri no, è connesso al principio ormai acquisito di legalità della prova e all'idea che il metodo influisce sul risultato (M. NOBILI, *Il concetto di prova*, cit., c. 275; ID., *Concezione relativistica delle prove*, cit., p. 10). La figura giuridica della prova *soggettivamente* relativa deriva, nello specifico, dall'equazione tra 'prova' e 'contraddittorio': siccome quest'ultimo non è «mera forma dialogica» ma confronto tra i «soggetti destinatari della decisione [...] la prova forgiata *inter alios* non è opponibile a chi è rimasto estraneo alla sua formazione» (G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del)*, cit., p. 7). Negli anni il sistema ci ha assuefatti a questo fenomeno, moltiplicando i protocolli probatori speciali basati sul consenso dell'imputato.

⁵ I verbali dichiarativi di altri procedimenti sono utilizzabili «soltanto nei con-

Ed assai opportunamente: il relativismo probatorio, specie quello *soggettivo*, rappresenta una scelta normativa ‘costosa’, per il possibile impatto sulla coerenza motivazionale della decisione e in ultima analisi la credibilità dell’accertamento penale nei procedimenti con pluralità di imputati. Quando un atto del processo, legittimamente presente nel fascicolo e dunque legalmente conosciuto dal giudice, è utilizzabile nei confronti di un coimputato e non anche nei confronti di un altro è particolarmente alto il rischio di frizione tra *intime conviction* e applicazione della legge, fino a risultare difficile motivare razionalmente la sentenza⁶. Perciò, in assenza di un’espressa indicazione normativa, dedurre in via d’interpretazione l’esistenza di limiti all’efficacia probatoria dell’atto acquisito consensualmente, legato alle parti che abbiano aderito al patto, appare quanto meno azzardato.

In realtà, questa scelta esegetica tanto lontana dal testo è spinta dal timore che il veto del correo, o addirittura di una parte processuale accessoria, impedendo l’accordo tra il pubblico ministero e un imputato possa privare quest’ultimo di una prova favorevole. E tuttavia sembra possibile affermare che la possibilità di un’effettiva perdita di *chances* difensive sia tanto remota da non ‘giustificare’ la forzatura esegetica: normalmente l’accordo sulla composizione del fascicolo ha ad oggetto atti che non sono ‘irripetibili’, e siccome l’acquisizione del verbale investigativo non consuma per nessuna delle parti il diritto ad ottenere l’elaborazione della prova orale corrispondente, chi ha interesse a trasmettere al giudice l’informazione investigativa può sempre formulare una ‘richiesta di prova’ dibattimentale⁷.

Il veto potrebbe effettivamente pregiudicare questa parte processuale solo quando l’*elaborazione in contraddittorio* dell’informazione risulti ‘materialmente’ o ‘giuridicamente’ *impossibile*, e il dato sia irrecuperabile salvo che attraverso l’acquisizione concordata del verbale. In astratto, si potrebbero ipotizzare una sopravvenuta irripetibilità non

fronti dell’imputato che vi consenta» (art. 238 comma 4). Come è stato giustamente notato, il legislatore «prima stabilisce in quale direzione soggettiva la prova produce i suoi effetti e, poi, determina quali siano i soggetti chiamati ad acconsentire» (F.M. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., p. 194). Così pure le norme codicistiche stabiliscono con chiarezza se un atto istruttorio abbia effetti soggettivamente orientati: le prove acquisite in sede di incidente probatorio sono utilizzabili «soltanto nei confronti degli imputati i cui difensori hanno partecipato alla loro assunzione» (art. 403).

⁶ In definitiva, rischia di entrare in crisi la stessa «legittimazione della sentenza nei confronti del popolo in nome del quale è emessa» (A. MAMBRIANI, *Giusto processo*, cit., p. 548).

⁷ In quella sede, alle eventuali discordanze rispetto ai contenuti informativi dei verbali d’indagine la parte interessata potrà rimediare attraverso un accorto impiego dell’istituto delle contestazioni in corso d’esame.

imprevedibile dell'atto investigativo, o il silenzio dibattimentale della fonte orale riluttante, o legittimata all'astensione⁸, ma in realtà stando alle norme gli accordi acquisitivi non si prestano a rimediare a simili difficoltà, se non in casi assolutamente marginali. Siccome infatti questi accordi hanno luogo *in limine litis* bisogna immaginare che, al momento delle richieste di prova, il fascicolo investigativo contenga un verbale relativo ad attività già divenute irripetibili, ma per cause prevedibili; oppure a dichiarazioni rese da un soggetto del quale si ritenga probabile il silenzio in sede d'esame⁹.

Quanto invece agli intoppi che possono verificarsi *durante il corso* dell'istruttoria l'istituto in esame non sarebbe utilizzabile per il recupero del verbale, perché il legislatore non prevede patteggiamenti istruttori oltre la soglia degli atti introduttivi¹⁰.

In realtà sembra corretto ritenere che, mentre nelle situazioni di impossibilità (giuridica o materiale) il codice vigente consente di abbandonare il metodo dibattimentale permettendo il recupero dei dati investigativi attraverso la lettura, nulla di simile è previsto a fronte ai contrattempi, semplici disguidi o ritardi: questi eventi, non rari nella laboriosa raccolta delle 'prove vive', rappresentano per il legislatore costi *accettabili* dell'oralità¹¹.

⁸ R. ADORNO, *Ammissione delle prove*, cit., p. 245; ID., *L'ammissione della prova*, cit., p. 227, pensa al caso in cui, in un procedimento cumulativo, l'unico teste oculare dopo avere reso in fase investigativa dichiarazioni che scagionano alcuni imputati accusando altri, in dibattimento si astenga dal deporre ex art. 199 comma 1 in quanto prossimo congiunto di uno dei coimputati. Il ragionamento presuppone che le precedenti dichiarazioni siano acquisibili su accordo (G.M. BACCARI, *La testimonianza*, cit., p. 166), ciò che sembra assai opinabile, visto che l'ingresso nel processo delle dichiarazioni investigative di chi abbia deciso di astenersi dal testimoniare, avvalendosi di una disciplina che tutela in ultima analisi la genuinità della prova, sono inutilizzabili a fini decisori ('patologicamente' e non solo 'fisiologicamente': V. GREVI, *Il segreto familiare*, cit., p. 587), cosicché la loro valutazione ad opera del giudice resta comunque preclusa nonostante l'eventuale inclusione nel fascicolo su accordo delle parti.

⁹ A. CAMON, *Accordi*, cit., p. 70, immagina anche l'ipotesi dell'atto irripetibile compiuto dal difensore e non versato nel procedimento.

¹⁰ *Retro*, cap. V § 4. L'unica eccezione è rappresentata dall'allegazione consensuale dei verbali in sede di 'contestazioni', ma neppure qui l'accordo istruttorio potrebbe rimediare ad un contraddittorio *fallito*, perché esso – secondo l'interpretazione preferibile dell'art. 500 comma 7 – è consentito solo quando un esame testimoniale si sia effettivamente svolto (*retro*, cap. V § 5).

¹¹ Il rischio che l'imputato perda una prova favorevole a causa del veto altrui è ben più presente nell'accordo sulla lettura delle dichiarazioni dell'imputato in procedimento connesso che in dibattimento si avvalga della facoltà di non rispondere (art. 513 comma 2). Ma non sarebbe corretto ricostruire la disciplina degli accordi sul fascicolo alla luce delle criticità di *quella* fattispecie, come se i vari patti probatori che il

E, ancora: come è stato giustamente notato, neppure la soluzione dell'acquisizione con effetti relativi riesce a neutralizzare completamente il patto istruttorio rispetto all'imputato non aderente, poiché l'ingresso del verbale all'interno del fascicolo processuale può portare il giudice dibattimentale a conoscenza di informazioni poco compatibili con le difese di quest'ultimo o addirittura nocive alla sua strategia¹².

Infine, rileviamo che le resistenze ad ammettere che l'unanimità sia *conditio sine qua non* dell'accordo acquisitivo sono motivate dalle perplessità suscitate, più che dal riconoscimento di un diritto di opposizione del coimputato, dalla conseguenza che di un tal veto sia titolare anche una parte accessoria. Mentre infatti nella prima ipotesi gli interessi eventualmente confliggenti sarebbero, quantomeno, attinenti alla difesa di due o più imputati, nell'ultimo caso verrebbe in gioco l'interesse difensivo di una parte estranea alla 'pretesa punitiva'.

Ebbene, va segnalato allora come la ricostruzione relativistica degli accordi probatori non risolverebbe affatto il problema del veto della parte civile: se astrattamente è ben configurabile un divieto d'uso del verbale investigativo negoziato nei confronti dell'imputato non aderente, non è ipotizzabile una inutilizzabilità della prova nei confronti della parte civile.

legislatore ha interpolato nel codice fossero tutti sotto-fattispecie di un istituto unitario: pur essendo identico lo schema del negozio, troppo differenti sono *ratio* e contesto applicativo dell'art. 513 comma 2 (v. *retro*, cap. III § 4). La logica compensativa sottesa a quella figura di acquisizione concordata genera, effettivamente, esiti incongrui nei processi con più di due parti.

Da un lato la previsione di un 'accordo delle parti' come condizione di legittimità di quelle letture è stata una scelta inevitabile: al legislatore del 1997 è sembrato difficile giustificare, ove l'imputato si sia procurato il consenso dell'antagonista, un potere preclusivo in capo al correo (il quale non potrebbe essere pregiudicato dagli atti acquisiti senza il suo consenso, grazie al disposto di cui all'art. 526 comma 1-*bis*) o ad una parte eventuale. Dall'altro lato, l'imputato interessato al consolidamento di un risultato investigativo a sé favorevole, a fronte del rifiuto di deporre, o negozia la lettura del verbale oppure perde la prova.

Per questo si sono proposte interpretazioni che riducono l'accordo all'«adesione della parte privata 'principale' alla ricostruzione del fatto da altri curata nelle fasi pregresse» (G. DI CHIARA, *Dichiarazioni erga alios*, cit., p. 54), escludendo dai 'contraenti necessari' coimputati e parti eventuali (o, secondo altri, almeno le parti eventuali: C. CONTI, *Principio del contraddittorio*, cit., p. 600; F. PERONI, *La nuova disciplina*, cit., p. 170).

Ma queste esegesi correttive – già di dubbia praticabilità, perché ampliano gli spazi applicativi di congegni eccezionali rispetto all'ordinario metodo probatorio – sono però ancor meno giustificate per gli accordi oggetto della presente indagine (artt. 431, 493, 555, 500) nei quali il rischio della perdita probatoria che si intende fronteggiare è pressoché teorico.

¹² A. CAMON, *Accordi processuali*, cit., p. 70.

Mentre le posizioni del responsabile civile e del civilmente obbligato risultano sostanzialmente adesive a quella dell'imputato, cosicché l'acquisizione del verbale non può recare loro pregiudizio, per la parte civile vale l'opposto: ogni prova favorevole all'imputato è utilizzata *contro* la parte civile, alla quale l'assoluzione nuoce anche ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 652¹³. Dunque, anche ove postulassimo una utilizzabilità limitata della prova pattizia, la parte civile potrebbe ciò nondimeno vedersi pregiudicata da un'acquisizione di atti (anche del fascicolo intero, ove ciò si ritenesse consentito) concordata, *se no-lente*, dalle parti principali del processo.

La situazione presenta forti analogie col giudizio abbreviato, ma in quest'ultima ipotesi il codice fornisce una via d'uscita (consente un *commodus discessus*, permettendo alla parte accessoria di abbandonare il rito speciale senza pregiudizio in sede extrapenale: art. 441 comma 4), mentre nel nostro caso nessuna norma consentirebbe di 'neutralizzare' la sentenza assolutoria¹⁴.

Perciò, se non si vuole riconoscere una *sub*-valenza del diritto di difesa riconosciuto nel processo penale alla parte civile, occorre ritene-

¹³ Salvo che ci si riferisca al caso in cui l'atto investigativo riguardi l'accertamento di un reato diverso da quello per il quale c'è stata costituzione di parte civile: l'ipotesi era stata immaginata, ma nel contesto del previgente sistema processuale, da A. MARCONI - G. MARONGIU, *La procedura penale*, cit., p. 167, a proposito della legittimazione della parte civile ad opporsi rispetto alla lettura dibattimentale nell'ipotesi in cui essa fosse consentita solo su accordo delle parti (in argomento cfr. il paragrafo seguente). Ipotizza una inutilizzabilità soggettiva nei confronti della parte civile non aderente G.M. BACCARI - C. CONTI, *Un nuovo metodo*, cit., p. 885.

¹⁴ Una sorta di immunità probatoria è prevista dall'art. 404, che disciplina i limiti d'efficacia soggettiva delle prove acquisite in incidente probatorio, disponendo che, a fronte di una prova acquisita nel contraddittorio e davanti al giudice ma in assenza del danneggiato, non posto in grado di intervenire alla sua assunzione, la sentenza fondata su di essa non faccia stato nei suoi confronti, salvo accettazione. Della disposizione in parola fa applicazione analogica all'ipotesi del dissenso della parte civile rispetto alla lettura di dichiarazioni di un imputato in procedimento connesso *ex* art. 513 comma 2 Trib. Roma, 2 marzo 2005, Geat, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1917. La soluzione, apprezzabile come espediente per risolvere in sede clinica l'*empasse* probatorio, ma trasfusa *d'embée* in una regola processuale, avrebbe gli stessi difetti che presenta l'art. 404. Anzitutto, anche la condanna può nuocere alla parte civile (G. SPANGHER, *Appunti sul nuovo processo*, cit., p. 281). Quanto all'assoluzione, se limitassimo l'inefficacia in sede civile alla sentenza basata *esclusivamente* su quella prova (così invece P. DUBOLINO, in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 707) la norma avrebbe un'applicabilità quasi solo teorica; in caso contrario, essa sconfiggerebbe la difficoltà di diagnosticare *a posteriori* il peso logico di ogni prova nella decisione (F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 878).

re che nessun atto d'indagine possa essere acquisito pattiziamente al fascicolo processuale senza il concorso di quest'ultima.

Insomma, l'esegesi in esame non pare risolvere adeguatamente nessuno dei problemi in risposta ai quali viene formulata, né si intravedono pregi di altro tipo.

Consentendo accordi acquisitivi anche in presenza di convergenze parziali, alla concezione 'relativistica' andrebbe riconosciuto il merito di assicurare all'istituto il massimo delle sue potenzialità applicative nonché, conseguentemente, le più ampie prospettive di economia del lavoro dibattimentale, e questo dato può anche contare nell'interpretazione di una norma non certo estranea a logiche efficientistiche.

Ma anche a voler ragionare, per un attimo, *soltanto* secondo queste logiche, non mancherebbero una serie di controindicazioni, che rappresenterebbero altrettanti fattori di complessità del processo, ulteriori rispetto a quello drammatico, di cui s'è detto, dell'utilizzabilità probatoria frazionata.

In primo luogo, mentre l'acquisizione cartolare effettuata con la partecipazione di tutte le parti rende alquanto improbabile una richiesta di prova dibattimentale riguardante gli stessi fatti e la stessa fonte, la configurabilità di accordi settoriali aumenta invece le possibili richieste di prova orale (eventualmente formulabili dalle parti non aderenti) con conseguente moltiplicazione di segmenti informativi sul medesimo tema di prova¹⁵.

Inoltre la ricostruzione incontrerebbe anche un ostacolo di tipo operativo: se l'acquisizione dell'atto viene pattuita nell'udienza preliminare il giudice dibattimentale potrebbe avere difficoltà a valutare in sede decisoria i confini soggettivi dell'utilizzabilità, anche nella preliminare individuazione dei soggetti immuni dall'efficacia dell'atto per il caso in cui l'allegazione al fascicolo risalga all'udienza preliminare visto che egli non ha disponibilità del verbale relativo a quella fase. A riguardo, va segnalato come solo le buone prassi consigliano al giudice dell'udienza preliminare di allegare al decreto che dispone il giudizio un elenco degli atti annessi al fascicolo per il dibattimento con la espressa menzione di quelli allegati a seguito di accordo tra le parti, e possiamo pensare che gli uffici più diligenti non manchino di precisare in caso di accordi parziali, le parti dissenzienti, ma le norme nulla prevedono. Si dovrebbero ipotizzare, in sede di lettura del verbale investigativo o più propriamente al momento della dichiarazione degli

¹⁵ E. DI DEDDA, *Il consenso*, cit., p. 323.

atti utilizzabili per la decisione (art. 511), complicate verifiche volte ad appurare i confini soggettivi di utilizzabilità di ogni atto di indagine non irripetibile presente nel fascicolo; verifiche per giunta doverose anche a prescindere dai rilievi delle parti, perché un eccesso dai limiti d'impiego dell'atto determinerebbe un vizio della sentenza¹⁶.

È stato giustamente notato che la necessità di raggiungere la totalità dei consensi comporta che l'effettiva funzionalità del meccanismo acquisitivo sia «inversamente proporzionale al numero delle parti coinvolte» nel processo¹⁷, cosicché i vantaggi economici sono meno facili da conseguire nei procedimenti dove essi sarebbero maggiormente preziosi. Ma questa circostanza dimostra soltanto che le finalità deflative perseguite dai novellatori della c.d. legge 'Carotti' non hanno trascurato la *giustificazione epistemologica* di questo modulo probatorio semplificato; giustificazione che, sebbene non si esaurisca nella convergenza della volontà di tutti verso l'acquisizione, di certo la richiede.

2. LA TEORIA DELL'INTERESSE AD OPPONENDUM

Un altro filone dottrinale, pur ritenendo che non sia possibile oblitare il dato testuale, ne propone una interpretazione riduttiva, considerando che la necessaria considerazione di tutte le parti del processo implicherebbe il riconoscimento di un potere di veto ad ogni parte del processo, ancorché ipoteticamente priva di qualsiasi interesse ad opporsi all'acquisizione. Questa dottrina ha perciò declinato diversamente la formula del 'consenso unanime', ritenendo necessario e sufficiente il *consenso di tutte le parti* che avrebbero interesse a partecipare all'elaborazione orale della corrispondente prova; la norma dice «parti» e noi leggiamo «parti interessate». A queste, ed a queste soltanto, andrebbe riconosciuto il potere di opporsi all'acquisizione del verbale, impedendo il trasferimento dell'atto, mentre le altre parti sarebbero prive di qualsiasi facoltà di interlocuzione rispetto alla scelta altrui¹⁸.

¹⁶ Riconosce la necessità di una tale verifica G.M. BACCARI - C. CONTI, *Una nuova espressione*, cit., p. 885.

¹⁷ H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 147.

¹⁸ Essendo «incoerente postulare che ciascuna parte goda di un potere di veto non strettamente funzionale alle proprie garanzie difensive [...] meglio sostenere, in applicazione del principio sotteso agli artt. 182 comma 1 e 568 comma 4 c.p.p., il dissenso della parte priva di interesse ad opporsi all'acquisizione dell'atto investigativo nel fascicolo non sortisca alcun effetto» (A. SCCELLA, *La formazione in contraddittorio*, cit., p. 438). Aderiscono a tale prospettazione C. CESARI, voce *Prova (acquisizione della)*, cit., p. 717; A. SCAGLIONE, *Dichiarazioni procedurali*, cit. p. 73; B. GALGANI, *Commento*

L'impostazione si fa carico dell'ipotesi, che certamente non può escludersi, della scelta meramente 'ostruzionistica', ma anche questa, come l'interpretazione che ammette accordi 'parziali', è lontana dai testi normativi, i quali non chiamano il giudice a valutare – in termini di legittimazione a negoziare o diritto d'opposizione – la situazione soggettiva di ogni parte rispetto all'accordo. A fronte di una convergente volontà delle parti (tutte, *ad litteram*) il giudice, sia nel dibattimento che in udienza preliminare, si limita piuttosto ad emettere un provvedimento ricognitivo dell'avvenuta integrazione della fattispecie processuale.

In generale, che sia davvero configurabile un principio in virtù del quale affinché le parti possano compiere validamente un atto nel processo devono avervi interesse, è una prospettazione suggestiva, ma non convincente¹⁹.

In effetti il legislatore processuale stabilisce che in alcuni casi per l'efficace compimento di un atto di parte non basta la legittimazione ma occorre pure una situazione di 'interesse', data da una particolare posizione del soggetto, diagnosticabile dal giudice con certezza al momento del compimento dell'atto stesso e lo fa, per finalità economiche, rispetto ad iniziative di parte che importano un particolare aggravio di lavoro processuale, come le impugnazioni (art. 568 comma 4) e le eccezioni di nullità (art. 182 comma 1)²⁰. Ma proprio l'esistenza di simili previsioni rafforza l'impressione che non sia possibile ravvisare un interesse personale quale requisito immanente di ogni atto processuale di parte. In realtà, quando la legge processuale attribuisce una facoltà alle 'parti' l'esercizio di tale prerogativa spetta *ad ogni* parte per il solo fatto di essere un polo del contraddittorio processuale²¹.

Si noti che l'aspetto più critico di questa impostazione attiene – così venendo alla fattispecie in esame – alla verifica del requisito. Nel nostro caso l'interesse, da apprezzare al momento della *stipulazione* del patto acquisitivo, sarebbe dato dalla posizione di ognuna delle

all'art. 40, cit., p. 507; E. MARZADURI, *La prova negoziata*, cit., p. 213; nonché, problematicamente, G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 95).

¹⁹ A. DE MARSICO, *Diritto processuale*, cit., p. 124 ss.; G. TRANCHINA, voce *Impugnazione* (*dir. proc. pen.*), cit., p. 716.

²⁰ Nel caso dell'impugnazione l'interesse è dato dal vantaggio, giuridicamente apprezzabile, emergente dal raffronto tra la decisione gravata e quella che potrebbe essere emessa in caso di accoglimento dell'impugnazione (G. SPANGHER, voce *Impugnazioni*, cit., p. 2); nel caso della nullità, dalla posizione della parte rispetto alla norma che si assume violata.

²¹ Pare da condividere l'osservazione secondo cui quando «accanto alla titolarità di un diritto processuale non è richiesto l'interesse, questo è rimasto incorporato, cristallizzato nella norma» (G. LEONE, *Manuale di diritto processuale*, cit., p. 82).

parti del processo rispetto alle circostanze di fatto che il verbale investigativo potrebbe provare. È evidente che una tale diagnosi *in limine litis* potrebbe essere complicatissima e, in ogni caso, sarebbe ad alto rischio di errore.

In primo luogo, le posizioni processuali dei vari coimputati possono risultare inestricabili dal punto di vista probatorio. Si può anche sostenere che, per individuare le parti tenute a prestare il consenso, occorra aver riguardo alla *res iudicanda*, e dunque alla singola imputazione; ma il rilievo non è risolutivo, poiché nulla esclude che condizionamenti istruttori reciproci si verifichino anche nei procedimenti in cui ai coimputati siano stati contestati fatti di reato distinti²².

In secondo luogo, ed a prescindere dalla unicità o pluralità degli addebiti penali, i riverberi di una informazione probatoria possono essere indecifrabili finché il quadro istruttorio non sia completato. È stato osservato che l'apprezzamento dell'interesse *ad opponendum* sarebbe sovrapponibile al vaglio di ammissione delle richieste di prova, cosicché un tale interesse andrebbe riconosciuto tutte le volte in cui la prova desumibile dall'atto d'indagine non appaia manifestamente irrilevante ai sensi dell'art. 190, una sorta di giudizio di rilevanza dell'informazione investigativa rispetto (non alla richiesta di prova, ma) alla singola imputazione²³.

Il fatto è che, come si è già avuto modo di notare a proposito del giudizio ammissivo delle 'richieste di prova', in un sistema davvero rispettoso della divisione dei ruoli tra il giudice e le parti, un simile vaglio ha bisogno di una attività assertiva ed argomentativa di parte che le norme in questione non prevedono. Anche a voler ammettere che in

²² La praticabilità del vaglio presuppone il caso del «procedimento che si svolge cumulativamente contro più imputati in relazione a fatti diversi ed agevolmente scindibili» (G.M. BACCARI in G.M. BACCARI - C. CONTI, *Un nuovo metodo*, cit., p. 885), ed anche chi ipotizza una simile esegesi (G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 95), fa «salva la necessità di verificare caso per caso se l'inclusione dell'atto nel fascicolo per il dibattimento e la sua utilizzazione siano davvero tali da non provocare conseguenze di alcun genere nei loro confronti». Consapevole della difficile attuabilità del criterio si mostra pure chi, pur ammettendo la possibilità di selezionare gli interlocutori necessari del patto in base al criterio dell'interesse, precisa poi che l'atto acquisito «non sarà in ogni caso utilizzabile nei confronti dei dissenzienti, così mostrando di prendere in considerazione la possibilità che – avvenuta l'acquisizione concordata nonostante il dissenso di un coimputato, valutato come ininfluenza in ragione della ritenuta carenza di interesse *ad opponendum* – l'elemento probatorio si riveli poi incidente anche sulla posizione processuale di chi si era opposto all'acquisizione (A. SCAGLIONE, *Dichiarazioni procedurali*, cit., p. 73).

²³ E. MARZADURI, *La prova negoziata*, cit., p. 209.

udienza preliminare il giudice, con l'intero fascicolo investigativo sotto gli occhi, possa apprezzare quell'interesse in una 'propria' prospettiva per così dire inquisitoria, in relazione agli accordi stipulati *in limine litis* un simile discernimento non sembrerebbe neppure esigibile, visto che il giudice dibattimentale conosce fatti di reato e indagini compiute solo attraverso le scarse indicazioni del decreto che dispone il giudizio; senza contare che proprio il giudice dibattimentale sarebbe tenuto a risolvere le questioni di legittimazione eventualmente sorte e non sciolte nell'udienza preliminare²⁴.

La limitazione dell'efficacia dell'elemento probatorio convenzionalmente introdotto ricalca una riflessione dottrinale – cui si è accennato (*retro*, cap. 3 § 2) – maturata intorno alle letture di deposizioni testimoniali per accordo tra le parti previste dal codice Rocco (art. 462 n. 1 c.p.p. abr.). Nell'esegesi dominante il riferimento di quella disposizione alle parti processuali era inteso in senso omnicomprensivo²⁵, ma quest'impostazione era sembrata eccessiva, in dottrina, con riferimento alle parti accessorie: «riteniamo che se si tratta di parte privata diversa dall'imputato il suo rifiuto debba intendersi efficace solo quando sia dimostrato ch'essa vi abbia interesse. Né le parti private anzidette possono assumere un contegno antitetico a quello del pubblico ministero (parte civile) o dell'imputato (civilmente responsabile o persona civilmente obbligata per le ammende) fino a poter intralciare la loro legittima attività processuale in rapporto all'accusa od alla difesa rispettivamente»²⁶.

Tale prospettazione sembra, più che altro, indicativa della marginalità del ruolo della parte civile in quel rito penale. Essa inoltre va, in ogni caso, calata in un sistema nel quale il giudice selezionava le prove grazie alle conoscenze fornite dall'intero fascicolo processuale, e dunque con possibilità ben maggiori, rispetto a quelle dell'odierno giudice dibattimentale, di diagnosticare l'interesse di ogni parte ad opporsi alla lettura acquisitiva del verbale. Prendendo spunto da tale considerazione, altra dottrina aveva addirittura sostenuto che la parte civile

²⁴ Lo nota, correttamente, G. ANDREAZZA, *Gli atti preliminari*, cit., p. 212.

²⁵ «È fuori dubbio che il consenso deve essere unanime. La legge non distingue fra chi ha prodotto il testimonio e le altre parti. Quindi la rinuncia all'esame immediato, da parte di chi l'ha prodotto, non ha per sé sola alcuna efficacia. Né la legge distingue fra parti principali e parti secondarie, epperò occorre non solo il consenso del pubblico ministero e dell'imputato, ma eziandio quello della parte civile, del civilmente responsabile e del civilmente obbligato per l'ammenda» (G. CASTELLANO, *Il codice di procedura penale*, cit., p. 321).

²⁶ A. MARCONI - G. MARONGIU, *La procedura penale italiana*, cit., p. 167.

non fosse legittimata ad opporsi alla lettura del verbale ove si fosse costituita per un reato diverso da quello al quale si riferiva l'atto istruttorio verbalizzato²⁷. Ma la specificità dell'ipotesi – relativa al caso della parte civile costituitasi in relazione ad uno soltanto dei diversi reati *sub iudice* – conferma, più che smentire, la conclusione secondo la quale il giudice non può normalmente essere chiamato a questo tipo di valutazioni *durante* l'istruzione.

Ed allora sembra lecito ritenere che, nel disegnare la fattispecie dell'acquisizione di atti 'su accordo delle parti', il legislatore abbia ritenuto di trascurare l'ipotesi del coimputato che si oppone all'allegazione di un atto completamente irrilevante rispetto alla propria posizione processuale, ed invece utile alla difesa del correo. Scelta non inopportuna, visto che un effettivo 'danno' alla difesa – alquanto remoto, considerando la marginalità dell'ipotesi²⁸ – sarebbe stato fronteggiabile solo prevedendo accordi parziali e, dunque solo a prezzo di introdurre nell'attuale sistema istruttorio un'ulteriore ipotesi di parcellizzazione probatoria.

3. CONCLUSIONI: GLI ACCORDI RICHIEDONO L'UNANIMITÀ

Valorizziamo il dato testuale: da una parte «quando il legislatore ha inteso avallare accordi parziali – con conseguente utilizzabilità relativa dell'atto nei confronti del solo imputato che ha prestato il consenso – lo ha fatto esplicitamente (ad esempio, negli artt. 238 comma 4 e 513 comma 1 c.p.p.)»²⁹; dall'altra l'interpretazione letterale, secondo la quale il verbale è acquisito col consenso di tutti (e 'vale' nei confronti di tutti), è corroborata da ragioni di coerenza con la *ratio* dell'istituto.

Sia che si ravvisi negli accordi sul fascicolo un congegno derogatorio rispetto al principio del contraddittorio 'poietico', giustificato in ragione del suo valore epistemologico, sia che vi rinveniamo una particolare modalità di cooperazione delle parti alla formazione della prova, la trasformazione dell'atto investigativo in materiale decisivo poggia sul coinvolgimento di *tutti* i protagonisti dell'istruzione, ossia da

²⁷ P. FERRUA, *Oralità del giudizio*, cit., p. 325.

²⁸ Una simile scelta – meramente ostruzionistica – potrebbe essere esiziale per la difesa dell'imputato interessato all'accordo solo ove riguardasse informazioni non acquisibili al processo se non attraverso il recupero di quell'atto investigativo.

²⁹ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 190. Condividono la ricostruzione G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 95; A. NAPOLI, *Osservazioni*, cit. p. 1996; F. GRIFANTINI, *Utilizzabilità in dibattimento*, cit., p. 252.

tutti i soggetti che avrebbero avuto titolo a partecipare all'elaborazione orale della prova, mentre il dissenso di uno dei contraddittori non può che essere motivo di sospetto³⁰.

Il rilievo dell'interesse ad opporsi all'acquisizione del verbale, evocato dalla dottrina per circoscrivere entro limiti di ragionevolezza il potere di veto di ogni parte processuale, sfuma se si concepisce l'adesione al patto acquisitivo come una partecipazione alla formazione della prova, sebbene in modo alternativo a quello ordinario. La possibilità di impedire l'acquisizione spetta a chiunque parteciperebbe alla formazione di quella prova in modo dialettico: nelle escussioni orali ogni parte costituita rappresenta un polo necessario del circuito del contraddittorio, senza che si debba né si possa distinguere a seconda dell'interesse rispetto a una certa fonte o ad un dato *thema probandum*.

Sembrano trascurabili i problemi di tipo operativo: se ne rinviene uno in relazione all'accordo concluso davanti al giudice dell'udienza preliminare quando, successivamente, il procedimento venga riunito ad altri, provenienti da udienze preliminari distinte.

Supponendo necessario all'efficacia dell'accordo la convergente volontà di tutte le parti, si pone il problema del rilievo che può assumere l'imputato estraneo al patto. Optando per la teoria degli accordi parziali, si potrebbe risolvere la questione concludendo che in questi casi la mancata partecipazione al patto immunizzi dalla prova l'imputato che non era 'parte' al momento della sua stipula. Se però si ritiene che la trasformazione consensuale dell'indagine in prova richieda la partecipazione di tutti i contraddittori, in un caso del genere occorre pensare ad una interlocuzione delle parti sopravvenute e probabilmente una possibilità di ripensamento per chi aveva pattuito l'acquisizione dell'atto d'indagine nella 'propria' udienza preliminare³¹.

Nel sistema del codice non è difficile rintracciare i meccanismi idonei a dare al problema una soluzione soddisfacente: nessuna riunione va disposta se non «sentite le parti» (art. 19) e, d'altra parte il con-

³⁰ M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 190; conforme C. BORTOLIN, *L'incerta individuazione*, cit., p. 1212. Secondo la prima delle autrici citate «laddove manchi l'unanimità dei consensi, l'eventuale impiego probatorio dell'atto unilateralmente formato implicherebbe «la creazione in via interpretativa di una modalità di acquisizione della prova in deroga al principio del contraddittorio non disciplinata dalla legge, in palese violazione dell'art. 111 comma 5 Cost.».

³¹ Pone la questione N. GALANTINI, *Limiti e deroghe*, cit., in *Il contraddittorio*, cit., p. 103, la quale ritiene «indiscutibile che l'accordo intervenuto tra parti diverse non può vincolare le parti rimaste a questo estranee, che devono poter rivedere le proprie scelte alla luce delle scelte altrui».

tenuto del fascicolo resta controvertibile in dibattimento, anche in relazione agli incrementi già concordati dalle parti, fino all'esaurimento della sottofase delle questioni preliminari (art. 491). La confluenza dei procedimenti, e dei relativi incartamenti, dovrebbe consentire una 'messa a punto' del fascicolo per il dibattimento, il cui contenuto deve poter essere rinegoziato tra le parti attuali, e in presenza del dissenso di qualcuno – anche di una parte originariamente favorevole all'allegazione investigativa – gli atti già inclusi in udienza preliminare dovrebbero ritornare nel fascicolo di provenienza.

Tutto sommato, la scelta legislativa di subordinare la trasformazione dell'atto d'indagine in prova al *placet* di *tutti* i protagonisti del contraddittorio dibattimentale rende coerente la disciplina dell'accordo sulla composizione del fascicolo alla *ratio* di quest'istituto, senza mettere a rischio alcuna aspettativa delle parti, se non in ipotesi che il medesimo legislatore deve aver reputato – ed a ragione – trascurabili, considerando da una parte la loro marginalità e dall'altra i costi che la diversa opzione degli accordi settoriali avrebbe imposto al sistema³².

³² «Citando casi limite, si riesce a demolire anche il più elementare sistema di garanzie» (P. FERRUA, *Il giusto processo*, cit., p. 4).

CAPITOLO VIII

ACQUISIZIONI CONCORDATE E INIZIATIVA ISTRUTTORIA

SOMMARIO: 1. L'accordo acquisitivo non consuma il 'diritto alla prova'. – 2. Incidenza degli accordi sull'ammissione delle prove. – 3. Accordi e iniziative istruttorie officiose. – 3.1. Oggetto e limiti dell'art. 507 comma 1-*bis*.

1. L'ACCORDO ACQUISITIVO NON CONSUMA IL 'DIRITTO ALLA PROVA'

L'istituto del patteggiamento sul fascicolo rende possibili fenomeni sinora inediti di cumulo, all'interno della piattaforma istruttoria della decisione, di prove orali e verbali di atti investigativi, aventi ad oggetto, ad esempio, dichiarazioni di una stessa fonte sul medesimo *thema*. Non solo può accadere che venga disposta dal giudice *ex officio*, ai sensi dell'art. 507 comma 1-*bis*, la testimonianza in dibattimento del soggetto 'sentito' dalla parte durante le indagini, ma è anche possibile – anche se non dovrebbe costituire una ipotesi di frequente verificaione – che, a fronte di una acquisizione concordata, sia una delle parti a richiedere l'esame orale della fonte dichiarativa. Potrebbe trattarsi di un imputato rimasto estraneo al patto acquisitivo (accedendo alla ricostruzione secondo cui l'acquisizione concordata non richiede necessariamente una convergente manifestazione di volontà di tutte le parti, ma sono possibili accordi 'parziali' rispetto ai quali qualcuno sia rimasto fuori) ma potrebbe trattarsi anche di una parte che ha aderito all'accordo acquisitivo. Ipotesi rara, si diceva: solitamente l'acquisizione negoziata si accompagna ad una sostanziale rinuncia dei negozianti, appagati dalla acquisizione cartolare, alla elaborazione orale della prova. L'efficacia deflativa degli accordi poggia (non soltanto, ma) soprattutto sul presupposto che normalmente o almeno frequentemente, l'acquisizione concordata di un determinato verbale investigativo risulti surrogatoria della elaborazione dibattimentale della corrispondente prova, e di certo questo è l'esito

auspicato dal legislatore¹. E tuttavia, non può escludersi una richiesta della prova orale ‘corrispondente’ al verbale investigativo pattizialmente acquisito.

Si noti: pur a fronte di una acquisizione concordata di un certo atto investigativo, formulare una richiesta di prova orale sullo stesso tema non rappresenta un comportamento necessariamente contraddittorio. Spesso, infatti, pattuire l’inclusione nel fascicolo del verbale di sommarie informazioni rappresenta un passo di una più ampia strategia probatoria, che comprende anche l’escussione orale della fonte.

Ad esempio, il teste d’accusa, sentito già nelle indagini, è apparso assolutamente inaffidabile: farfallino, ha fornito mille versioni discordanti, quasi tutte nocive all’imputato; una di queste, però, giova alla difesa; l’accusa certamente lo citerà in dibattimento, per fargli ripetere le dichiarazioni accusatorie, e anche se il difensore gli contestasse le vecchie dichiarazioni *pro reo*, queste varrebbero solo «ai fini della credibilità del teste» (art. 500 comma 2).

Altro esempio: al difensore conviene accettare la proposta del pubblico ministero di far transitare nel fascicolo per il dibattimento il verbale di sommarie informazioni, ma soltanto ‘a condizione’ che il pubblico ministero non rinunci all’esame già richiesto, così da avere l’opportunità di controesaminare la persona sentita durante le indagini: per una parte le dichiarazioni già rese gli giovano, per altra parte no.

Si tratta di *chances* delle quali sarebbe inopportuno privare la parte interessata, specie in un dibattimento in stile accusatorio, in cui la prova nasce dalla contrapposizione tra i contendenti.

Orbene, non c’è dubbio che alla parte non possa negarsi il diritto ad ottenere la citazione in giudizio della persona sentita quando alla stessa serva approfondire le informazioni scaturite dall’audizione investigativa². Qui, evidentemente siamo di fronte ad una prova ‘diversa’

¹ Di certo un tale esito è negli auspici legislativi (C. Di BUGNO, sub *Art. 26*, cit., p. 430).

² Può darsi che – pattuita l’acquisizione cartolare in sede di fascicolazione – la necessità di integrare, migliorare, aggiustare, correggere, il dato probatorio emergente dal verbale investigativo sia emersa poi. Alla luce delle strategie istruttorie dell’avversario, decifrabili dalle liste testimoniali o dalle richieste di prova effettuate in dibattimento, o – ancora – preso atto delle investigazioni svolte dalla controparte nelle more del procedimento. In simili casi, non essendo configurabile un recesso dal negozio acquisitivo, alla parte non resta che chiedere la prova orale.

Ma può anche darsi che, quando un verbale d’indagine fornisce una informazione che la parte ha senz’altro interesse a trasmettere al giudice, e che la parte per questo concorda con l’antagonista di introdurre nel processo attraverso un accordo. Questa in-

per la diversità del tema. In una istruzione in stile *adversary*, nel quale ogni parte è libera di provare i propri assunti nel modo che ritiene più opportuno, una delibazione preliminare di inammissibilità di una richiesta istruttoria per superfluità della prova è tollerabile soltanto se espressa in seguito al raffronto tra la prova richiesta ed altri mezzi istruttori vertenti sul *medesimo tema*.

Ma *quid iuris* nel caso in cui la richiesta dell'esame orale sia avanzata *sugli stessi temi* già sondati dalla precedente audizione il cui verbale è stato acquisito col consenso della parte che in dibattimento chiede la prova orale? Il problema non è del tutto inedito: una questione simile può porsi con riguardo all'incidente probatorio, allorquando l'esperimento istruttorio anticipato per evitare dispersioni probatorie derivanti dal decorso del tempo risulti ancora possibile una volta giunti a dibattimento ed una delle parti richieda l'escussione orale davanti al giudice della decisione della prova già raccolta nell'incidente istruttorio.

Preliminarmente, va escluso che la richiesta di esame possa essere dichiarata inammissibile in ragione di una tacita rinuncia alla prova orale che sia stata manifestata *per facta concludentia* dalle parti che abbiano concordato l'acquisizione al fascicolo del verbale investigativo; in assenza di un dato normativo che autorizzi una simile conclusione, pare naturale che le opzioni delle parti in relazione all'inserimento di atti nel fascicolo dibattimentale non possano avere di per sé alcun significato abdicativo del diritto di ogni parte del processo alla elaborazione della prova in contraddittorio, né un effetto di consumazione di tale diritto³. Dal punto di vista logico-sistematico, si è osservato come il disposto di cui all'art. 511 comma 2 dimostri una 'preferenza' per la prova orale, persino nei casi in cui quella scritta è stata formata nell'incidente probatorio (arg. ex art. 511 comma 2), ossia rispettando il principio del contraddittorio, cosicché «non è possibile giungere a conclusioni diverse per la prova raccolta unilateralmente»⁴. Anche la Corte co-

formazione, tuttavia, può necessitare di essere specificata, integrata o aggiustata, attraverso l'esame orale della fonte investigativa.

³ C. DI BUGNO, sub Art. 26, cit. p. 430; A. NAPOLI, *Osservazioni sull'istituto*, cit., p. 1201; M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 198, che nota come tale opzione esegetica si saldi col riconoscimento costituzionale del diritto alla prova nell'art. 111, terzo comma, Cost.; conforme, R. ADORNO, *L'ammissione delle prove*, cit., p. 240.

⁴ A. CAMON, *Accordi processuali*, cit., p. 74. In senso conforme, C. DI BUGNO, sub Art. 26, cit., p. 430; G. M. BACCARI, in G.M. BACCARI - C. CONTI, *Una nuova espressione*, cit., p. 873, definisce gli accordi accompagnati dalla richiesta della corrispondente prova orale come acquisizioni 'aggiuntive'. Ritengono invece che stringendo l'accordo acquisitivo le parti consumino il diritto alla prova orale, S. CORBETTA, sub

stituzionale, nella prima decisione dedicata all'istituto, ha avuto modo di affermare che gli accordi delle parti sul contenuto del fascicolo «non escludono affatto il diritto di ciascuna di esse ad articolare pienamente i rispettivi mezzi di prova, secondo l'ordinario, ampio potere loro assegnato per la fase dibattimentale»⁵.

Non è un caso che nei sistemi accusatori d'oltralpe accordi somiglianti *prima facie* al nostro istituto – nei quali le parti accettano che la decisione sia adottata sulla scorta di verbali predibattimentali – sono in realtà più vicini al nostro rito abbreviato che agli accordi sul contenuto del fascicolo, poiché consentiti solo nei casi in cui nessuno intenda formulare richieste di escussioni orali: ciò che li connota, più che come accordi sull'acquisizione semplificata di una o più prove, come accordi sul metodo istruttorio⁶.

A tal proposito, va dato conto di una ricostruzione dottrinale che ritiene che una opzione di rinuncia all'oralità possa addirittura 'entrare' nel negozio processuale, rendendo così inammissibile, una volta che questo si sia perfezionato con l'ingresso delle carte nel *dossier* dibattimentale, l'eventuale richiesta di prova dibattimentale formulata da una delle parti. Sarebbe possibile quando le parti abbiano manifestato nel patto una espressa volontà di rinunciare alla prova orale corrispondente all'atto investigativo concordemente acquisito⁷. L'effetto sarebbe in qualche misura analogo a quello della rinuncia alla prova ammessa e non ancora acquisita (art. 495 comma 4-*bis*), e anzi proprio il riconoscimento legislativo ad ogni parte di rinunciare – col consenso delle altre – ad una prova già richiesta ed ammessa dal giudice dovrebbe *a fortiori* consentire di assegnare analoga efficacia alla convenzione in esame. Se così fosse, un'elaborazione dibattimentale della prova sarebbe possibile solo come supplemento istruttorio disposto *ex officio iudicis* ai sensi dell'art. 507 comma 1-*bis*. A tale ricostruzione è stato obiettato che, sebbene non possano escludersi nella prassi «trattative per convincere una parte a non citare la fonte le cui dichiarazioni ven-

Art. 511, cit., p. 4795; P.P. PAULESU, *Giudice e parti*, cit., p. 18; F. SIRACUSANO, *L'udienza di comparizione*, cit., p. 80; H. BELLUTA, *Contraddittorio e consenso*, cit., p. 153, nt. 104, che conclude diversamente solo per gli accordi stipulati in udienza preliminare.

⁵ Corte cost., ord. 8 giugno 2001, n. 121, cit. (*retro*, cap. III §5.3).

⁶ J. SPENCER, *Il diritto alla prova*, cit., p. 282

⁷ G.M. BACCARI, in G.M. BACCARI - C. CONTI, *Una nuova espressione*, cit., p. 873 che definisce in questi casi «sostitutiva» l'acquisizione cartolare; P. TONINI, *Disciplina della prova*, cit., p. 339; C. CESARI, voce *Prova (acquisizione della)*, cit., p. 717; M.L. DI BITONTO, *Profili dispositivi*, cit., p. 199. Più facilmente, potrebbe accadere in sede di accordi dibattimentali, nella fase dedicata all'ammissione delle prove: G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 95.

gono ‘patteggiate’» una convenzione in questo senso non è tutelata dalla legge processuale, e resta dunque priva di effetti sul potere istruttorio della parte che, «violando il patto», chieda, *re melius perpensa*, l’esame orale della fonte⁸.

In effetti, sebbene questa ricostruzione valorizzi l’efficacia deflativa dell’istituto, pare ardito postulare, in assenza di una norma espressa, la perdita di un diritto processuale ancora esercitabile per effetto di una manifestazione espressa o tacita di volontà dismissiva⁹.

La parte che trovi conveniente acconsentire alla trasmigrazione dell’atto investigativo solo in via ‘sostitutiva’ all’escussione dibattimentale potrebbe, al più, condizionare risolutivamente il proprio assenso alla formulazione *ex adverso* di una richiesta di prova orale¹⁰. Evidentemente, neppure una tale cautela potrebbe assicurare in modo assoluto l’effetto ‘sostitutivo’ cui la parte aspira: anche ove la controparte in effetti si astenga dal presentare la richiesta di prova ai sensi e nei tempi di cui all’art. 493, e dunque ne perda il diritto *ex art.* 190, resterebbe pur sempre possibile un’integrazione probatoria *ex officio* ai sensi dell’art. 507 comma 1-*bis*, magari proprio su sollecitazione della parte già rinunciataria.

2. INCIDENZA DEGLI ACCORDI SULL’AMMISSIONE DELLE PROVE

Escluso che il consenso all’acquisizione nel fascicolo possa avere un effetto di ‘consumazione’ del diritto alla prova, resta da vedere se l’acquisizione patteggiata possa incidere sul diritto alla prova, non già precludendo l’astratta facoltà di esercizio di tale diritto ma condizionando – in concreto – la delibazione di ammissibilità delle istanze dibattimentali quanto a rilevanza e utilità della prove orali richieste (*ex artt.* 190 e 495).

In proposito, dobbiamo analizzare separatamente due questioni: prima, se nei casi di cui ci stiamo occupando la prova orale possa essere considerata manifestamente irrilevante; seconda, se la prova orale possa essere negata in ragione della sua manifesta superfluità.

⁸ A. CAMON, *Accordi processuali*, cit., p. 75.

⁹ Nella fattispecie dell’art. 495 comma 4-*bis* un ripensamento non potrebbe avere – evidentemente – alcun effetto perché la richiesta della prova alla cui assunzione si sia fatta rinuncia cadrebbe fuori dai confini temporali della fase di ammissione delle prove, entro i quali soltanto il ‘diritto alla prova’ si può esercitare pienamente (art. 493).

¹⁰ R. ADORNO, *Ammissione*, cit., p. 241.

Iniziamo dall'ultimo interrogativo. Non pare sostenibile che il giudice possa dichiarare inammissibile per 'manifesta superfluità' la prova orale richiesta, per il solo fatto che i relativi contenuti, così come evidenziati dalla capitolazione, risultano ripetitivi di quelli desumibili dal verbale. Una diversa opzione interpretativa presupporrebbe di fatto quell'effetto 'abdicativo' che abbiamo già escluso: con l'assenso all'acquisizione del verbale investigativo la parte non 'consuma' il diritto a provare un certo fatto nei modi che reputa più efficaci.

In dottrina è stato ben chiarito come la verifica di 'non manifesta superfluità', «integrando un sindacato d'ordine prettamente quantitativo» vada svolta «nell'ambito di mezzi probatori omologhi»¹¹. Un tale tipo di sindacato giudiziale, oltre a costituire un'ingerenza nelle strategie di parte, rischierebbe di essere arbitrario, poiché il giudice non può escludere che la nuova escussione del teste sia in grado di apportare nuove conoscenze sul medesimo tema, pronosticando -in base ai verbali in atti- l'andamento del nuovo esame: l'istruzione dibattimentale è *happening*; l'escussore potrebbe rivolgere le stesse domande ma, solo invertendone l'ordine, provocare risposte diverse¹².

¹¹ P.P. PAULESU, *Mutamento del giudice dibattimentale*, cit., p. 2501. Del resto, la presenza agli atti di un verbale dichiarativo non rende superflua la deposizione del dichiarante sul medesimo tema persino quando la dichiarazione sia stata resa alla presenza del difensore, come accade nell'importazione di verbali alieni *ex art.* 238. il cui comma 5 – non modificato neppure dopo che la l. n. 63 del 2001 ha introdotto quale requisito, per l'acquisizione di contenuti dichiarativi, la presenza, appunto, del suddetto difensore – fa salvo il diritto delle parti ad ottenere l'esame orale del dichiarante «a norma dell'articolo 190». Va notato, peraltro, come quest'ultimo inciso costituisca una clausola didattica, priva di autentico valore normativo, in quanto nessuno potrebbe dubitare – se sono esatti i rilievi prima formulati – che né la richiesta di importazione di verbali allogeni, né l'adesione all'altrui richiesta in tale senso, possono comportare la perdita del il diritto ad escutere il dichiarante nel processo *ad quem*.

¹² Vale quanto osservato in relazione alla 'ri-assunzione' della prova davanti al giudice diversamente composto (M. CAIANIELLO, *Mutamento del giudice*, cit., p. 1401). La dottrina, in riferimento a quest'ipotesi ha pure rilevato come la richiesta di riassunzione davanti al nuovo giudice non deve essere necessariamente connessa ad una presunta incompletezza o problematicità delle informazioni desunte dalla prova già acquisita (da specificare al nuovo giudice, per scongiurare una dichiarazione di superfluità) ma può servire ad ottenere alla parte interessata null'altro che la percezione diretta della prova da parte di chi sarà chiamato a valutarla (P. RENON, *Mutamento del giudice*, cit., p. 300). Il ragionamento pare valido anche nel caso delle richiesta di prova orale corrispondente all'atto patteggiato, nonostante la peculiarità della situazione della rinnovazione dibattimentale (in cui la parte che chiede di nuovo l'elaborazione orale della prova già acquisita rivendica i vantaggi di una immediatezza che altrimenti perderebbe, senza che ciò consegua ad una propria scelta, né dipenda dal proprio comportamento processuale). Ciò che infatti – in questa situazione come in quella – rileva,

Deve concludersi pertanto che la richiesta di prova orale non possa dirsi inammissibile per ‘manifesta superfluità’ in ragione della presenza agli atti del verbale investigativo pattiziamente acquisito.

Tale conclusione riduce ma non elimina la valenza deflativa degli accordi: anzitutto, è immaginabile come detto che, nella maggioranza dei casi, l’opportunità di richiedere la prova orale non venga in concreto esercitata «perché le parti reputano appaganti i risultati della prova scritta»¹³; inoltre, anche quando la persona già sentita venga escussa in dibattimento, il lavoro dibattimentale risulterà alleviato tutte le volte in cui l’esame orale verta su una parte soltanto dei temi affrontati nella precedente audizione, tralasciando quelli rispetto ai quali le parti sono ‘appagate’ dalle risultanze già conseguite nell’atto investigativo¹⁴.

Ma se quanto detto riguarda il controllo della non manifesta superfluità della richiesta di prova dibattimentale, un discorso diverso deve farsi in relazione al controllo della non manifesta irrilevanza. Se la presenza dell’omologo cartaceo nel fascicolo non rende *ex se* superflua la prova orale che la parte abbia inteso richiedere, è tuttavia inevitabile ed opportuno che il giudice, nel deliberare la non manifesta irrilevanza di tale prova, tenga conto delle informazioni desumibili dal verbale che è già agli atti.

È possibile infatti che gli esiti dell’atto investigativo consentano al giudice di affermare ragionevolmente la manifesta irrilevanza della prova orale richiesta. Può darsi cioè che l’oggetto della testimonianza – le conoscenze che l’escussione testimoniale sarebbe in grado di fornire, desumibili dalle risposte fornite nel corso dell’audizione in sede investigativa – non consentirebbe di acquisire alcuna informazione sul tema posto dal richiedente: ad esempio, il vicino di casa della vittima del furto, al quale sono state richieste notizie sullo stato dei luoghi nel momento del reato risulta non essere in grado di dare alcuna informazione utile, visto che nei mesi precedenti e successivi al fatto soggiornava all’estero¹⁵. In questo caso, il giudice potrà legittimamente

e consente di mutuare il ragionamento, è la diversità *qualitativa* tra le conoscenze ricavabili da un verbale e l’esito di una escussione orale.

¹³ A. CAMON, *Accordi processuali*, cit., p. 75.

¹⁴ A. CAMON, *Accordi processuali*, cit., p. 75.

¹⁵ Salvo, evidentemente, che la parte dimostri che l’oggetto della testimonianza sarà diverso da quello delle sommarie informazioni, perché sono differenti le circostanze sulle quali essa ha intenzione di escutere il teste, o anche soltanto perché sulle medesime circostanze essa si propone di trarre informazioni diverse, magari ponendo altre domande o le stesse in modo diverso. In senso contrario, con riferimento all’ipotesi di rinnovazione del dibattimento P.P. PAULESU, *Mutamento del giudice dibattimen-*

negare l'assunzione della testimonianza, risultando *ex actis* la manifesta irrilevanza della prova. Per scongiurare il rigetto, la parte potrà argomentare opportunamente in ordine al fatto che, nonostante il 'fallimento' dell'audizione investigativa, l'escussione orale prometta risultati utili – qui è importante il contraddittorio preliminare all'ordinanza *ex art. 495* – ad esempio, perché servirebbe ad appurare se nonostante l'assenza quella persona abbia ricevuto significativi ragguagli dai familiari.

Appare del resto evidente – e risulta coerente con l'attuale ripartizione delle responsabilità istruttorie tra parti e giudice – che le conoscenze già acquisite dal giudicante attraverso i protocolli negoziati sulle potenzialità epistemica di una certa fonte probatoria non possano non incidere sulla valutazione di ammissibilità della sua escussione in dibattimento.

La situazione è sovrapponibile a quella in cui, nel corso del dibattimento rinnovato a causa del mutamento del giudice persona, una parte chieda l'ammissione di una prova già formata davanti al primo giudice. Il nuovo giudicante non è privato in questi casi dell'ordinario potere ammissivo delle prove chieste dalle parti (*ex art. 190*) e sarà tenuto ad accogliere la richiesta di 'rinnovazione' della prova solo se la prova stessa non risulti manifestamente irrilevante o superflua. E ai fini di questa delibazione, potrà ben contare anche il verbale relativo alla precedente escussione, legittimamente presente tra gli atti del fascicolo d'ufficio (*art. 480 comma 2*).

Non si vuol dire, si badi, che il giudice del dibattimento rinnovato possa dichiarare superflua la prova orale *per il solo fatto* che essa si prospetta come reiterativa dei contenuti già acquisiti nel corso della prima escussione; una simile ricostruzione mortificherebbe il valore del principio di *immediatezza* e violerebbe la *ratio* della nullità sancita dall'*art. 525 comma 2* (non c'è immediatezza se il giudice che decide ha presenziato alla lettura del verbale che documenta l'assunzione della prova formata altrove)¹⁶. Si vuol soltanto dire che l'ammissione di

tale, cit., p. 2501, ritiene invece «corretto sottrarre al nuovo giudice il potere di negare l'ammissione della prova testimoniale, tutte le volte in cui il testimone sia chiamato a deporre sugli stessi fatti oggetto delle dichiarazioni già rese»; nello stesso senso M. CAIANIELLO, *Mutamento del giudice dibattimentale*, cit., p. 1401.

¹⁶ Del resto, la circostanza che l'*art. 190-bis* abbia previsto – soltanto per i procedimenti relativi a determinate tipologie di reati – una particolare disciplina secondo la quale la parte, per ottenere l'esame dibattimentale della persona sentita nelle indagini e il cui verbale sia già agli atti, deve 'dimostrare' al giudice l'utilità dell'escussione a completare la prova cartacea o il quadro istruttorio generale impedisce all'inter-

una prova – inclusa la verifica della sua ‘non manifesta’ irrilevanza – non può non essere effettuata, per ragioni di economia e buon senso, alla luce delle informazioni provenienti al giudice dagli atti legittimamente presenti nel *dossier* processuale al momento di tale verifica ¹⁷.

A quel punto, dichiarata inammissibile (perché irrilevante o superflua, o illegale) la prova orale richiesta dalla parte nel dibattimento rinnovato, l’acquisizione tramite lettura del verbale investigativo sarebbe un atto – prima ancora che inutile – vietato dall’art. 511 comma 2 ¹⁸. Quest’ultima disposizione pone infatti la regola generale secondo cui la lettura di un verbale che raccoglie dichiarazioni è ammessa solo dopo l’esame dibattimentale del dichiarante, e se la stessa norma delimita la sua portata consentendo che in taluni casi la lettura sia disposta pur in assenza dell’esame orale – quando l’esame stesso «non abbia luogo» – tale eccezione va riferita alle sole ipotesi in cui l’audizione dibattimentale non avvenga per impossibilità oggettiva o perché non richiesta da nessuna delle parti. Qualora invece l’esame, pur richiesto, non abbia luogo in quanto ritenuto dal giudice irrilevante o superfluo, la regola contenuta nel secondo comma dell’art. 511 vieta di leggere e dunque di acquisire il verbale investigativo. Il vaglio preventivo di pertinenza-rilevanza riguarda infatti non il mezzo di prova ma l’assunto istruttorio (giudizio di pertinenza) e/o l’oggetto della prova (giudizio di rilevanza).

La ricostruzione ora descritta, accolta dalle Sezioni unite nella sentenza ‘Iannasso’ in relazione alle richieste istruttorie successive alla rinnovazione del dibattimento per mutamento del giudice, sembra valida anche in riferimento all’ipotesi in cui ci stiamo occupando ¹⁹. Non si ignora che nella fattispecie considerata dalle Sezioni unite la parte che richiede la prova orale rivendica benefici dell’oralità-immediatezza

prete di assegnare una analoga portata al filtro generale di cui all’art. 190 (cfr. E. GALLUCCI, *La rinnovazione del dibattimento*, cit., p. 1454 ss.).

¹⁷ È solo in questa ipotesi, ed a questo fine, che diventa significativa la ‘irrilevanza’ dell’atto concordato, che non condiziona invece – come detto – il suo ingresso nel fascicolo dibattimentale; qui la delibazione di rilevanza serve all’ammissione (non della prova-verbale acquisita pattiziamente, ma) della prova dibattimentale richiesta da una delle parti.

¹⁸ La conclusione sembra argomentabile dalla ricostruzione effettuata dalla Corte costituzionale della disciplina sulla rinnovazione del dibattimento ricavabile dal combinato disposto degli artt. 511 comma 2 e 525 comma 2 (Corte cost., ord. 11 dicembre 2001, n. 399) secondo la quale la lettura dei verbali della prova assunta in presenza del giudice poi mutato è legittima solo se l’esame orale delle persone già escuse non abbia luogo (art. 511 comma 2) «per sopravvenuta impossibilità o per mancata richiesta delle parti».

¹⁹ Cass., Sez. un., 15 gennaio 1999, Iannasso, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1429.

che altrimenti andrebbero perduti a causa di un evento – il mutamento della persona fisica del giudice – a sé estraneo, ossia non dipendente da un suo comportamento o da una sua scelta processuale, ma tale considerazione potrebbe avere qualche rilievo solo se si ravvisasse nel consenso all'acquisizione dell'atto un significato ed un valore giuridico di abdicazione che al contrario esso non sembra poter avere.

In conclusione, si può ritenere che l'accordo sull'ingresso del verbale investigativo non chiuda ogni spiraglio all'acquisizione dibattimentale della corrispondente prova, ma lasci aperta al contrario la possibilità di richiedere ed ottenere la prova orale, nei limiti in cui tale ultima richiesta abbia ad oggetto una prova che non sia vietata dalla legge, che non sia manifestamente superflua – a prescindere dal verbale acquisito per accordo – e che non sia – tenuto conto anche dell'acquisizione cartolare concordata – manifestamente irrilevante.

3. ACCORDI E INIZIATIVE ISTRUTTORIE OFFICIOSE

Il rapporto con i poteri integrativi officiosi di cui all'art. 507 costituisce un aspetto particolarmente importante di queste nuove figure di negoziazione probatoria²⁰. Questi patti rispondono infatti ad esigenze tattiche dei contendenti: può quindi accadere che al giudice venga consegnato materiale gnoseologicamente scadente o inadeguato. Ad esempio, a fronte di dichiarazioni contraddittorie o lacunose raccolte durante le indagini, una parte potrebbe volersene avvantaggiare e veder consolidato quel risultato investigativo, evitando verifiche dibattimentali che potrebbero metterne in luce la fragilità probatoria. Se nelle dinamiche accusatorie i contendenti si controllano normalmente a vicenda, sono tuttavia sempre possibili strane convergenze di interessi, o può accadere che il controinteressato acconsenta soltanto in una logica di baratto.

Il legislatore del 1999 aveva presenti tali controindicazioni, ed ha previsto un antidoto, interpolando nell'art. 507 un comma 1-*bis*, che assicura al giudice la possibilità di ottenere comunque, a prescindere da qualsiasi accordo sui verbali, l'esame orale del dichiarante o una prova in grado di *integrare* l'atto investigativo pattiziamente acquisito²¹.

²⁰ Cfr. APRILE, *Giudice unico*, cit., p. 229; CASARTELLI, *Le innovazioni riguardanti*, cit., p. 198; CIANI, *Le nuove disposizioni sul giudizio*, cit., p. 579; L. RUSSO, *L'ampliamento dell'ambito di assunzione*, cit., p. 221.

²¹ Tale impermeabilità delle prerogative del giudice in ordine alla prova rispetto

Se i patti sul fascicolo esprimono il potere assegnato dalle legge alle parti concordi di rinunciare al canone dell'oralità, quello previsto dalla disposizione ora citata rappresenta a tutti gli effetti un *contropotere*.

In questo caso, il recupero dell'oralità rinunciata dalle parti costituisce espressione di quella dimensione oggettiva, e dunque mai completamente disponibile, delle garanzie connesse al metodo dibattimentale di formazione della prova. Il giudice deve aver modo di integrare il materiale istruttorio quando vi siano circostanze da chiarire o anche soltanto se vi sia bisogno di acquisire elementi necessari a misurare l'attendibilità del dichiarante.

Si è osservato che il comma aggiunto non detta una autentica norma, ma contiene una precisazione metodologica: il giudice che, all'esito dell'istruttoria, ritiene di non avere ancora abbastanza materiale per decidere, può – già ai sensi del testo originario dell'art. 507 – disporre l'assunzione dei nuovi mezzi di prova, e 'nuovi' sta solo per 'diversi da quelli acquisiti'. Una «clausola didattica»²², utile nella misura in cui sottolinea come le parti non sono mai completamente padrone della prova.

In questa prospettiva si può osservare che la giurisprudenza ammette che il giudice possa disporre *ex officio* l'escussione di un teste già sentito in dibattimento solo quando il nuovo esame avvenga su temi nuovi, magari un chiarimento sulle informazioni già fornite nella prima escussione (anche alla luce delle risultanze successive dell'istruzione)²³. Ed in effetti un esame incrociato è senza dubbio una prova di-

alle scelte strategiche delle parti era implicito nel sistema previgente, in cui il giudice dibattimentale era "signore" della prova: quando le parti abdicavano al diritto ad ottenere l'escussione dibattimentale del teste, consentendo (o chiedendo) la lettura dei verbali, il giudice non era "vincolato" alle scelte di parte, potendo comunque, secondo le regole generali, disporre la comparizione personale del teste con una nuova citazione o in forza di accompagnamento coattivo (*retro*, cap. III, § 2), così come poteva prescindere dalla lettura, ritenendo inutile l'atto ai fini del decidere (GIU. SABATINI, *Codice di procedura penale*, cit., p. 275).

²² F. CORDERO, *Procedura*, cit., p. 943. Secondo una lettura meno benevola, la previsione «sembra tradire un intimo disagio nei confronti di un materiale probatorio *sui generis* (in quanto geneticamente materiale di indagine), giunto all'attenzione del giudice in forza di un meccanismo d'osmosi attivato da un semplice accordo tra le parti» (B. GALGANI, sub *Artt. 41-42*, in Id., *Commento alla l. 16 dicembre 1999*, n. 479, cit., p. 511).

²³ *Ex plurimis*, Cass., Sez. I, 10 agosto 1995, Caprioli, in *C.E.D. Cass.*, n. 202303 («per nuovi mezzi di prova, che [...], il giudice può disporre anche di ufficio, si devono intendere quelli non introdotti in dibattimento ovvero provenienti da fonti esaminate in detta fase su circostanze diverse da quelle che si reputa necessario acquisire ai fini del completamento del quadro probatorio utile alla decisione. Nulla, pertanto, vieta che un teste già escusso nella fase dibattimentale possa essere risentito allorché se ne prospetti

versa dalle sommarie informazioni o dalle dichiarazioni rese al difensore, in ragione del diverso *metodo* di raccolta del dato, anche quando diventi identico nei due casi il valore processuale, in virtù dell'accordo²⁴. La possibilità di recuperare l'oralità rinunciata sarebbe stata pertanto ricavabile già dal primo comma, giudiziosamente inteso.

Questa interpretazione, però, non è per nulla scontata: la giurisprudenza ha sempre ragionato sulle «nuove prove» di cui all'art. 507 considerando il rapporto tra prove dibattimentali acquisibili *ex officio* e prove dibattimentali già acquisite su istanza di parte; la 'novità', insomma, viene tradizionalmente collegata al *tema* più che al *mezzo*²⁵; l'intervento in questione perciò avrebbe potuto considerarsi precluso²⁶. La disposizione del comma aggiunto serve così ad escludere che il primo possa essere letto in quel modo restrittivo: dice, cioè, come questo non va interpretato.

È evidente che questo tipo di interventi incidono assai meno sulla «neutralità metodologica» del giudicante rispetto a quelli che gli sono consentiti, in generale, dall'art. 507²⁷. Quando si attiva ai sensi del primo comma, il giudice assume prove che nessuno aveva chiesto: adegua la provvista alla luce dei risultati scaturiti dell'istruzione, oppure *supplisce* ad un'iniziativa carente²⁸. Quando si attiva ai sensi del secondo

la necessità»). In effetti, un provvedimento che disponesse *ex officio* l'esame di una fonte già escussa, su temi identici, rivelerebbe un atteggiamento poco imparziale, mirante a confutare un esito conoscitivo che la prova ha già fornito.

²⁴ G. ILLUMINATI, *Ammissione e acquisizione*, cit., p. 103.

²⁵ Nel caso della testimonianza avente ad oggetto le medesime circostanze su cui sono state rese dalla stessa personale sommarie informazioni, come in quello della ricognizione che verta sullo stesso oggetto dell'individuazione e con lo stesso autore, il tema è il medesimo: si tratta di due prove *diverse*, ma la seconda non sarebbe *nuova*. Potremmo dire che la giurisprudenza tradizionale contenga una sorta di interpretazione «restrittiva in senso stretto» (R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 98-99) della nozione di «novità». L'art. 507 (comma 1) viene cioè riformulato come se dicesse: «[...] il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove *il cui risultato probatorio non sia lo stesso di altra prova già acquisita con le stesse modalità sul medesimo tema*»; il vago concetto di «novità» ne esce ridefinito alla luce di un criterio secondo il quale è l'*informazione* veicolata dal mezzo di prova, che deve essere «nuova».

Il comma 1-bis introduce invece una norma ulteriore, apparentemente in conflitto con quella che risulta dall'interpretazione giurisprudenziale della nozione di «novità» vista poc'anzi: «l'assunzione di nuovi mezzi di prova relativi agli atti acquisiti al fascicolo per il dibattimento» su accordo delle parti è infatti espressamente consentita.

²⁶ G. CIANI, *Le nuove disposizioni sul giudizio*, cit., p. 581.

²⁷ G. UBERTIS, *Neutralità metodologica*, cit., p. 18.

²⁸ In una fase dell'istruzione che è stata efficacemente definita di «integrazione della prova» (*retro*, cap. V § 3).

comma, *integra* una prova che è stata acquisita al giudizio su richiesta (concorde) delle parti.

In quest'ultima fattispecie viene anzi bene in luce la dimensione *tecnica* del potere istruttorio officioso (tanto ideologicamente controverso), che è legata al sistema dell'oralità ed al connesso canone del libero convincimento. Quest'ultimo principio – correttamente inteso²⁹ – implica un particolare ruolo del giudice, non più passivo coniugatore di regole decisorie prestabilite dalla legge, e dunque virtualmente disinteressato al rendimento dell'istruzione: se al giudicante spetta *per intero* la responsabilità della valutazione delle prove, è opportuno che abbia facoltà di intervenire nella formazione del materiale, sia partecipando alla sua elaborazione, sia integrandolo³⁰.

La possibilità di disporre l'assunzione di mezzi di prova relativi agli atti pattiziamente acquisiti può servire al giudice per verificare, ad esempio, se la versione resa dalla persona che ha deposto davanti al p.m. sia stata stimolata da domande suggestive, ammissibili in quella sede. È pensabile che la necessità di verifiche di questo tipo sia avvertita ancora più frequentemente in relazione a dichiaranti ascoltati dal difensore: in questi casi, il *deficit* di affidabilità attribuibile all'assenza delle regole proprie dell'esame dibattimentale, può risultare aggravato dal sistema di documentazione di cui agli artt. 391-*bis* e 391-*ter*³¹. Più

²⁹ Senza collegamenti allo screditante stereotipo della 'ricerca della verità', come nella famosa sentenza della Corte cost. sull'art. 507 (sent. 26 marzo 1993, n. 111, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1650).

³⁰ Da questo punto di vista, dunque, è correttamente configurabile un rapporto di implicazione tra principio del libero convincimento e ruolo attivo nell'istruzione, nel senso che la realizzazione del primo richiede la presenza del secondo. Tale inquadramento dei poteri istruttori officiosi è merito delle riflessioni della dottrina civilistica: mentre infatti nella storia del processo penale il potere istruttorio dell'organo della decisione ha sempre evocato la antica bulimia inquisitoria, nel cammino del processo civile verso l'oralità è stata perseguita come principio di tecnica processuale, senza le implicazioni socio-culturali che avevano caratterizzato lo smantellamento del processo penale inquisitorio con la caduta dell'*ancien régime*. Per questo motivo, nel rito civile, il ruolo attivo del giudicante nel processo si è imposto ed è stato valorizzato come strumento tecnico per assicurare i benefici del metodo orale: M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., p. 286, osserva come il libero convincimento rappresenti «l'aspetto funzionale dell'oralità, così come l'immediatezza ne rappresenta l'aspetto modale».

³¹ Paventa il rischio che, nonostante gli obblighi di documentazione gravanti sul difensore-investigatore, l'assenza di un obbligo di eterodocumentazione ad opera di soggetti terzi qualificati sia motivo di diffidenza da parte del giudice P. MOROSINI, *Il giudice del dibattimento*, cit., p. 1262.

semplicemente, può esser necessario consolidare informazioni lacunose o contraddittorie, da chiunque raccolte.

Questa forma di intervento officioso, che tende a compensare il *deficit* epistemologico di una prova scritta, non è peraltro un *unicum* nel codice: è rinvenibile una fattispecie abbastanza somigliante tra i poteri del giudice dell'udienza preliminare, nell'ordinanza con cui quest'ultimo dispone l'assunzione di prove (art. 422 comma 1)³².

Secondo un'interpretazione che appare convincente, quel provvedimento non implica una lacuna investigativa, ma presuppone al contrario un quadro informativo adeguato³³. Quando si attiva ex art. 422 il giudice mira perciò all'acquisizione in forma orale di elementi desumibili dal fascicolo del p.m.; ciò che segnatamente autorizza il giudice a non decidere è l'avvertito bisogno di 'verificare' l'affidabilità cognitiva degli atti³⁴. Poiché il contenuto e il significato probatorio dei verbali investigativi sono già noti al giudice, appare più comprensibile, e praticamente esigibile, che la norma subordini l'intervento officioso alla condizione che la prova sia decisiva «ai fini della sentenza di non luogo a procedere», e lo sia per giunta in modo «evidente»³⁵. Ecco perché in questi casi il giudice non si sostituisce paternalisticamente al difensore dell'imputato nella ricerca degli elementi a discarico, ma rivendica una *sua* esigenza di conoscere *meglio*.

3.1. Oggetto e limiti dell'art. 507 comma 1-bis

L'intervento officioso, in un sistema improntato sul principio dispositivo, resta formalmente condizionato ai due ordinari presupposti che valgono a marginalizzare le possibilità di *supplere in facto*: il primo comma è infatti richiamato dal comma 1-bis. Perciò il relativo

³² Nel regime riformato (non casualmente) dalla stessa novella cui si deve l'interpolazione dell'art. 507 comma 1-bis.

³³ Ove emergesse una incompletezza nelle indagini preliminari, il giudice dovrebbe piuttosto attivare il diverso strumento dell'ordinanza ex art. 421-bis, con la quale gli è consentito di indicare al p.m. le indagini mancanti.

³⁴ Per la ricostruzione secondo cui i due meccanismi d'intervento di cui agli artt. 421-bis e 422 non siano cumulabili (il giudice ravvisa una lacuna investigativa, ordina al p.m. il completamento e, ove ciò non risulti sufficiente a decidere, provvede direttamente ad acquisire prove) ma alternativi cfr. F. CASSIBBA, *L'udienza preliminare*, cit., p. 348.

³⁵ Si tratta, all'evidenza, di un requisito pressoché impossibile da ravvisare *ex ante*, ove il mezzo da acquisire servisse a colmare un vuoto investigativo, mentre un tale apprezzamento risulta esigibile, se riguarda informazioni già presenti agli atti.

provvedimento presuppone, da un lato, l'esaurimento delle acquisizioni richieste dalle parti: condizione volta a ridurre il rischio di scompaginamento dei percorsi probatori dei contendenti, ognuno delle quali va lasciato libero di organizzare le escussioni all'interno del proprio 'caso'³⁶. Dall'altro, la "assoluta necessità" dell'integrazione³⁷, qui connessa – più che ad un vero e proprio vuoto istruttorio – al *deficit* di affidabilità dell'informazione investigativa.

La norma consente di disporre l'assunzione di non specificati «mezzi di prova relativi agli atti acquisiti al fascicolo per il dibattimento». Il giudice può cioè verificare la solidità del dato probatorio somministratogli dalle parti, anzitutto, disponendo il mezzo di prova 'corrispondente' all'atto d'indagine pattiziamente acquisito: ad esempio l'esame della persona già sentita a sommarie informazioni³⁸.

Non può escludersi però che questi avverta la necessità di verificare la tenuta dell'informazione ricavabile dal verbale anche attraverso prove non corrispondenti, per tipologia o fonte di prova, all'atto investigativo allegato dalle parti: ad es., l'escussione di un teste di riferimento, o un accertamento peritale che possa convalidare la versione fornita dalla persona sentita in indagine. La generica dizione normativa consentirebbe quindi di acquisire ogni dato utile ad accertare la corrispondenza tra il risultato probatorio scaturito e quello frutto del confronto dialettico³⁹.

Se ne è dubitato, ritenendo preferibile una lettura *stricta*, e cioè limitata ai mezzi concordemente 'rinunciati' dalle parti, perché più ade-

³⁶ *Retro*, cap. V § 3.

³⁷ Si tratta di condizioni interconnesse, perché una rafforza l'altra: se l'informazione appare al giudice utile pur dopo che le parti gli hanno trasmesso tutte le informazioni che ritengono rilevanti, essa può *a maggior ragione* considerarsi necessaria.

³⁸ Si tratta di una prova 'del giudice', cosicché sarà applicabile il disposto di cui all'art. 152 comma 2 disp. att.: domande dirette del presidente, il quale all'esito dell'intervento 'esplorativo', deciderà quale parte deve procedere ad esame. E in caso di difformità tra dichiarazioni dibattimentali e precedenti, l'incongruenza è rilevabile autonomamente dal giudicante. Né è necessario applicare il regime delle contestazioni di cui all'art. 500, che presuppone un verbale contenuto nel fascicolo del p.m., i cui contenuti vanno rievocati dalla parte interessata solo nella misura in cui serve a verificare l'attendibilità del teste. Qui invece il verbale investigativo è già nell'incartamento dibattimentale, e si presume che il giudice l'abbia letto, se ha avvertito il bisogno di raccogliere oralmente la prova. Può dunque far presente la discrasia al testimone *ex art.* 207, ammonendolo (così, condivisibilmente, R. MAGI, *Accordi sulla prova*, cit., p. 140).

³⁹ A. MAMBRIANI, *Giusto processo*, cit., p. 880.

rente alla *ratio*⁴⁰. La possibilità di assumere qualsiasi prova anche per ‘riscontrare’ il verbale sarebbe però comunque consentita dal potere istruttorio del primo comma, che permette l’acquisizione di qualsiasi mezzo di prova.

Né può escludersi che l’acquisizione concordata costituisca base per interventi integrativi officiosi sotto un altro profilo: il giudice può disporre l’assunzione di prove la cui utilità emerga proprio dall’atto inserito pattiziamente, anche su temi nuovi ma suggeriti dai contenuti del verbale⁴¹. Vale, anche qui, la previsione generale del primo comma⁴².

⁴⁰ L. CARACENI, *Poteri d’ufficio*, cit., p. 188, secondo la quale il ricorso ad altri mezzi per saggiare l’attitudine dimostrativa di una fonte di prova negherebbe il valore epistemologico del contraddittorio, poiché l’esperimento diverso verrebbero irragionevolmente preferiti all’esame diretto della fonte stessa, che dovrebbe invece costituire il rimedio di elezione per superare il *deficit* informativo. A conferma dell’assunto, si rileva che «nemmeno quando non è più possibile esperire l’atto probatorio in contraddittorio è consentito al giudice di avvalersi dei propri poteri per controllare l’attendibilità di dichiarazioni recuperati dal fascicolo»: la lettura di atti per impossibilità sopravvenuta di ripetizione *ex art.* 512, per esempio, «non autorizza l’attivazione di alcun potere d’ufficio, neanche nel caso in cui il giudice ritenesse necessario accertare la veridicità delle informazioni contenute nella dichiarazione letta» (L. CARACENI, *Poteri d’ufficio*, cit., p. 189). In verità si direbbe, al contrario, che in casi simili l’attivazione officiosa non solo è consentita ma risulterebbe opportuna, ai fini dell’impiego decisivo del verbale. Ed infatti – secondo la giurisprudenza europea consolidatasi dopo la sentenza della Grande Camera, 15 dicembre 2011, *Al Khawaja e Tahery c. Regno Unito* – la dichiarazione del teste non sentito in dibattimento può trovare posto nel materiale decisivo (ancorché come prova non esclusiva) solo unitamente ad elementi corroboranti (R. CASIRAGHI, *Conferme e smentite*, cit., nota a Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2627).

⁴¹ G. CIANI, *Le nuove disposizioni sul giudizio*, cit., p. 582; A. PROCACCINO, *Il negozio probatorio*, cit., p. 276.

⁴² Nell’uno e nell’altro caso – di prove officiose stimulate dall’atto concordato ancorché non corrispondenti a questo – l’intervento del giudice rimane nel sistema: l’importante è che sia stimolato da elementi emergenti *ex actis*. Che, cioè, la prova disposta d’ufficio non serva a convalidare una ipotesi ricostruttiva che il giudice abbia autonomamente concepito. Il rischio del giudice-investigatore è sempre presente quando chi decide fa incursione sul terreno della prova, ma l’antidoto più efficace è nel sistema del doppio fascicolo, che lo priva di conoscenze che non provengano dall’attività dibattimentale delle parti (Cass., Sez. un., 6 novembre 1992, Martin, cit.). Nei sistemi misti, alla base dell’attivismo giudiziale non vi era tanto l’ampiezza dei poteri istruttori officiosi, quanto le conoscenze che erano garantite al giudicante dai ponderosi fascicoli processuali: giudice e parti avevano le stesse informazioni, e dunque le stesse possibilità di ‘ricercare’.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO R., *Assunzione delle prove*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, , vol. IV, t. II, Utet, 2009.

–, *L'ammissione della prova in dibattimento*, Giappichelli, 2012.

ALBANO A., *I poteri istruttori del giudice penale*, Cedam, 2003.

AMODIO E., *Fascicolo processuale e utilizzabilità degli atti*, in AA.VV., *Lezioni sul processo penale*, Giuffrè, 1990.

–, *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3408.

–, *Il modello accusatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio - O. Dominioni, I, Giuffrè, 1989, p. XLIII.

ANDOLINA E., *Gli atti anteriori all'apertura del dibattimento*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberti - G.P. Voena, vol. XXII, Utet, 2008, p. 155.

ANDREAZZA G., *Gli atti preliminari al dibattimento nel processo penale*, Cedam, 2004.

ANDRIANI V., *Sull'utilizzabilità della documentazione fotografica di polizia e degli atti irripetibili non verbalizzati*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1273.

ALONZI F., *Dubbi di costituzionalità sulla disciplina della trascrizione delle intercettazioni in dibattimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1096.

APRATI R., voce *Inammissibilità e decadenza*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, 2005.

–, voce *Nullità*, in *Dig. disc. pen.*, VII Agg., Utet, 2012, p. 390.

–, *Testimonianza indiretta della polizia giudiziaria sulle sommarie informazioni annotate e deroghe al principio della formazione della prova in contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1015.

APRILE E., *Giudice unico e processo penale*, Giuffrè, 2000.

APRILE E. - SANGUINETI E.M., *La pratica penale*, in AA.VV., 2^a ed., Giuffrè, 2003.

BACCARI G.M., *La testimonianza del prossimo congiunto*, Cedam, 2003.

–, *La revocabilità del consenso*, in G.M. BACCARI - C. CONTI, *Una nuova espressione del metodo dialettico: l'acquisizione concordata di atti di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 872.

BALESTRINI V., *Mancata verbalizzazione di sommarie informazioni e uso diversivo della testimonianza indiretta*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 889.

BARAZZETTA A., *Gli snodi processuali. La nuova udienza preliminare ed i riti speciali*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 560.

BARGIS M., *Commento all'art. 16 l. 1-3-2001, n. 63*, in *Leg. pen.*, 2002, p. 305.

–, *Impugnazioni*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso - V. Grevi - M. Bargis, 8^a ed., Cedam, 2012.

–, *La nuova disciplina delle contestazioni negli esami dibattimentali*, in *Studi di diritto processuale penale*, Giappichelli, 2002, p. 164.

–, *Profili sistematici della testimonianza penale*, Giuffrè, 1984.

BAZZANI M., sub Art. 511 c.p.p.: *lettura dibattimentale di atti originariamente irripetibili. Profili epistemologici e normativi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001.

BELLUTA H., *Contraddittorio e consenso: metodi alternativi per la formazione della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 134.

–, *Nuovi poteri istruttori extradibattimentali delle parti: l'accordo ex art. 431 comma 2 c.p.p. come criterio epistemico per la prova*, in *Nuovi scenari del processo penale alla luce del giudice unico*, a cura di S. Nosengo, Giuffrè, 2002, p. 70.

–, *Riflessioni sui poteri del giudice dibattimentale in materia probatoria*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1536.

BELTRANI S., *Il dibattimento penale monocratico*, Giappichelli, 2003.

BIANCHI G., *L'ammissione della prova nel dibattimento penale*, Giuffrè, 2001.

BLAIOTTA R., sub *Art. 431*, in *Codice di procedura penale commentato. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, Giuffrè, 2013.

BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, 1994.

BONETTO G., sub *Art. 468*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. V, Utet, 1991.

BORRACCETTI V., *Quale legalità*, *Atti del convegno Nazionale di Magistratura democratica*, in *Quaderni di Quest. giust.*, 2000, p. 281.

BORTOLIN C., *L'incerta individuazione dei profili soggettivi dell'accordo nell'ambito della prova penale contrattata*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1212.

–, *La fissazione di un'apposita udienza per la formazione del fascicolo dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3266.

BRACCIALINI R., *Futuribili della giustizia penale*, in *Quest. giust.*, 1993, p. 829.

BRENA C., *Fascicolo per il dibattimento, giudizio immediato e nuovo art. 431 c.p.p.: cronache dal cantiere di una riforma*, in *Foro ambr.*, 2001, p. 72.

indagini ai riti alternativi, Il Sole 24 Ore, 2003.

BRICHETTI R., sub *Art. 431*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, Ipsoa, 2001.

–, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in AA.VV., *Il nuovo processo davanti al giudice unico*, Giuffrè, 2000, p. 141.

BRICHETTI R. - PISTORELLI L., *L'udienza preliminare. Dall'avviso di conclusione delle*

BRONZO P., voce *Fascicoli processuali (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Treccani, 2009.

–, *Il deposito degli atti di indagine: patologie e sanzioni*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3931.

BRUNO P., *Concentrazione (principio della)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Utet, 1992.

BUZZELLI S., *Fascicolo dibattimentale “negoziato” e acquisizione probatoria*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 393.

–, *Le letture dibattimentali*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XXXIII, t. 2, Giuffrè, 2000.

CAIANIELLO M., *Mutamento del giudice dibattimentale e rinnovazione del giudizio*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1401.

CAIANIELLO M. - MANTOVANI M., *L'irruzione della negozialità nel sistema penale (il ciclo di Seminari 20000/2001 dell'Associazione Franco Bricola)*, in *Ind. pen.*, 2002, p. 1195.

CAMON A., *Accordi processuali e giustizia penale: la prova patteggiata*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1, p. 61.

–, *Le intercettazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996.

CAMPOLI E., sub *Art. 431*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di S. Beltrani, Giuffrè 2016.

CANTONE R., *La prova documentale*, in *Quaderni di Cassazione penale*, Giuffrè, 2004.

CANZIO G., voce *Giudizio abbreviato*, in *Enc. dir.*, IV Agg., Giuffrè, 2000.

CAPONE A., *Il “principio di decisività” dei vizi della sentenza nel controllo della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1463.

–, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Cedam, 2012.

CAPPELLETTI M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Giuffrè, 1962.

CAPRIOLI F., sub Artt. 25-26 l. 16 dicembre 1999, n. 479, in AA.VV., *Il processo penale dopo la 'legge Carotti' (II)*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 295.

–, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, 2000.

–, *Palingenesi di un divieto probatorio. La testimonianza indiretta del funzionario di polizia giudiziaria nel rinnovato assetto processuale*, in *Il giusto processo fra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R. Kostoris, Giappichelli, 2002.

CAPUTO M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, 2009.

CARINI C., *Vecchio e nuovo in tema di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, in *Giur. merito*, 2004, p. 568.

CAROFILIO G., *La testimonianza dell'ufficiale giudiziario e dell'agente di polizia giudiziaria*, Giuffrè, 2005.

–, *Le conoscenze processuali fra scelte accusatorie e scelte inquisitorie*, in *Quest. giust.*, 1992, p. 330.

CARRARA F., *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Bocca, 1874

CASARTELLI G., *Le innovazioni riguardanti il dibattimento*, in AA.VV., *Giudice unico e garanzie difensive. La procedura penale riformata*, a cura di Amodio - Galantini, Giuffrè, 2000.

CASCINI G., *Spunti per una razionalizzazione del processo penale (formazione della prova, udienza preliminare, riti alternativi)*, in *Quest. giust.*, 1995, p. 592.

CASIRAGHI R., *Conferme e smentite della grande camera in materia di testimoni assenti*, nota a Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili c. Germania*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 2627.

–, *Prove vietate e processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1768.

–, *Testimoni assenti: la Grande Camera ridefinisce la regola della "prova unica o determinante"*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3114.

CASSIBBA F., *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, vol. XXXI, Giuffrè, 2000, p. 348.

CASTELLANI C., sub *Art. 148 disp att.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Utet, 1992, p. 575.

CASTELLANO G., *Il Codice di procedura penale nella sua attuazione pratica*, Pirola, 1933.

CASTELLI C., *Processo penale: una riforma al bivio*, in *Quest. giur.*, 1992, p. 312.

CATALANO E.M., *L'accordo sui motivi d'appello*, Giuffrè, 2001.

CAVALLONE B., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, 1991.

CECCHINI L., *Sull'utilizzabilità in sede cautelare delle dichiarazioni non verbalizzate rese dalla persona offesa alla polizia giudiziaria*, in *Giur. it.*, 2006.

CERESA GASTALDO M., *Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria*, Giappichelli, 2002.

CERVETTO S., *Il vizio conseguente alla formazione sine partibus del fascicolo dibattimentale: una nullità fine a se stessa?*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1990.

CESARI C., "Giusto processo", *contraddittorio ed irripetibilità degli atti di indagine*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, p. 66.

–, *L'irripetibilità sopravvenuta degli atti di indagine*, Giuffrè, 1999.

–, *L'isolamento del testimone prima dell'esame: spunti di riflessione sull'istituto dell'inutilizzabilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994.

–, voce *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 2° agg., 2004.

CHIARLONI G., *Una discutibile pronuncia in tema di utilizzabilità dibattimentale degli atti assunti dalla polizia giudiziaria durante le indagini preliminari*, in *Giur. it.*, 1992, c. 116.

CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, Utet, 2012.

–, *La riforma del processo penale*, Utet, 1990, p. 174.

CHINNICI D., *L'immediatezza nel processo penale*, Giuffrè, 2005.

–, *L'incursione della 'prova negoziata' nel giudizio penale (alcuni rilievi critici)*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 864.

CIANI G., *In dibattito si rafforza il contraddittorio. L'accusa perde il vantaggio dell' "esposizione introduttiva"*, in *Dir. e giust.*, 2000, n. 2, p. 67.

–, *Le nuove disposizioni sul giudizio*, in AA.VV., *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Cedam, 2001, p. 579.

COLAIACOVO G., *Il latitante*, Cedam, 2015.

CONSO G., *Dall'udienza preliminare alla sentenza di primo grado*, in *Giust. pen.*, 1978, I, c. 520.

–, *Il concetto e la specie di invalidità*, Giuffrè, 1955.

CONSO G. - GREVI V., *Compendio di procedura penale*, 6^a ed., Cedam, 2012.

CONSO G. - GREVI V. - NEPPI MODONA G., *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1988*; vol. IV, *Il progetto preliminare del 1978*; vol. V, *Il progetto definitivo e il testo definitivo del codice*; vol. VI, t. 1, *Le norme di attuazione con le relative norme complementari*, Cedam, 1990.

CONTI C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, 2007.

–, *Acquisizione concordata e invalidità degli atti*, in BACCARI G.M. - CONTI C., *Una nuova espressione del metodo dialettico*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 872.

–, voce *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, V agg., Giuffrè, 2001, p. 638.

–, *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 600.

CONTI G., *La formazione della prova in dibattimento*, in AA.VV., *Giusto processo e prove penali*, Ipsoa, 2001.

CONTI G. - MACCHIA A., *Il nuovo processo penale*, Buffetti, 1989.

CORBETTA S., sub Artt. 38-40 l. 16-12-1999, n. 479, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 511.

–, sub Art. 500, in *Commentario al codice di procedura penale*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, Ipsoa, II, 2006.

–, sub Art. 511, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, Ipsoa, 2001.

CORBI F., *La disciplina dell'ammissione della prova al processo penale*, Giuffrè, 1975.

CORDERO F., *Codice di procedura penale commentato*, Utet, 1989.

–, *Guida alla procedura penale*, Utet, 1986.

–, *Le situazioni giuridiche soggettive*, Giuffrè, 1955.

–, *Linee di un processo accusatorio*, in *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*, Atti del IV Convegno 'Enrico De Nicola', Giuffrè, 1965.

–, *Procedura penale*, Giuffrè, 2012.

–, *Scrittura e oralità*, in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1963.

CORSO P., *Notizie anonime e processo penale*, Cedam, 1977

CREMONESI L., *Le sanatorie generali degli atti processuali penali nulli*, in *Giust. pen.*, 1994, III, c. 88.

CRISTIANI A., sub Art. 99, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. I, Utet, 1989, p. 461.

–, *Manuale del nuovo processo penale*, Giappichelli, 1991.

CUCCHI F., *Rito accusatorio e cross examination inglese: un confronto ravvicinato*, in *Giust. pen.*, 1991.

CUOMO L., *L'udienza preliminare*, Cedam, 2001.

D'AMBROSIO L. - VIGNA P.L., *La pratica di polizia giudiziaria*, Cedam, 1998.

D'ANDRIA M., sub *Art. 491*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di G. Lattanzi - E. Lupo, vol. VII, Giuffrè, 2003.

–, *Alla ricerca del giudice perduto*, in *Critica dir.*, 1994, f. 4, p. 31.

–, *La formazione della prova*, in *Quaderni di critica del diritto*, 1996, p. 69.

DAMAŠKA M., *I volti della giustizia e del potere*, Il Mulino, 1991.

–, *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, 2003.

DANIELE M., *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, 2009.

DE CARO A., *Percorsi legislativi e poteri delle parti nel processo penale: dal codice Rocco alla riforma delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3212.

DE LUCA G., *Cultura della prova e nuovo costume giudiziario*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale: dalla codificazione all'attuazione*, Giuffrè, 1991, p. 28.

DE MARSICO A., *Diritto processuale penale*, a cura di G.D. Pisapia, 4^a ed., Jovene, 1966.

–, *Lezioni di diritto processuale penale*, Jovene, 1943.

DE NOTARISTEFANI R., sub *Art. 367*, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di Mortara, Stoppato, Vacca, Setti, De Notaristefani, Longhi, vol. VI, Utet, 1915.

–, sub *Art. 404*, in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di Mortara, Stoppato, Vacca, Setti, De Notaristefani, Longhi, vol. VI, Utet, 1915.

DE STEFANO G., *Colloqui registrati dalla p.g. all'insaputa dell'interlocutore «informato sui fatti»: la problematica configurazione fra legalità delle indagini e ricerca della prova «inconfutabile»*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 1266.

DEGANELLO M., *Oralità (Principio della)*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 1995, p. 20.

DEL COCO R., *Disponibilità della prova penale e accordi tra le parti*, Giuffrè, 2004.

DELLA MONICA G., *La formazione del fascicolo per il dibattimento*, in AA.VV., *Le nuove frontiere del modello accusatorio 1999-2000*, a cura di De Caro, ESI, 2001, p. 215.

DENTI V., voce *Prova documentale*, in *Dig. disc. priv.*, Utet, 1997.

DI BITONTO M.L., *L'attività di indagine dopo l'avvio del processo penale*, 2^a ed., Giappichelli, 2009.

–, *Lettura di dichiarazioni del prossimo congiunto dell'imputato e prova negoziale*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1287.

–, *Osservazioni a Corte cost.*, 18 ottobre 2011, n. 290, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1692.

–, *Profili dispositivi dell'accertamento penale*, Giappichelli, 2004.

–, *Riflessioni controcorrente a proposito degli accordi probatori*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4449.

DI BUGNO C., sub Art. 26, l. 16 dicembre 1999, n. 479, in *Leg. pen.*, 2000, p. 430.

–, voce *Giudizio immediato*, in *Enc. dir.*, VI Agg., Giuffrè, 2002.

DI CHIARA G., sub Art. 391-octies c.p.p., in *La difesa penale*, a cura di M. Chiavario - E. Marzaduri, Utet, 2001, p. 200.

–, *Dichiarazioni erga alios e letture acquisitive: i meccanismi di recupero del sapere preacquisito dall'imputato in procedimento connesso*, in *Il Giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Giappichelli, 2002.

DI DEDDA E., *Il consenso delle parti nel processo penale*, Cedam, 2002.

DI PAOLO G., *La sanatoria delle nullità nel processo penale*, Cedam, 2012.

DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Cedam, 1979, p. 316.

DOMINIONI O., sub Art. 183, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio - O. Dominioni, vol. II, Giuffrè, 1989.

–, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in AA.VV., *Il nuovo processo penale*, Giuffrè, 1989, p. 78.

DUBOLINO P., in AA.VV., *Il nuovo codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, La Tribuna, 1990, p. 707.

FANCHIOTTI V., *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, 1987.

FANUELE C., *Le contestazioni nell'esame testimoniale*, Cedam, 2005.

–, *L'utilizzabilità delle relazioni di servizio redatte dalla polizia giudiziaria alla luce dei principi costituzionali sul «giusto processo»*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1728.

FANULI G.L., *Inutilizzabilità e nullità della prova nel giudizio abbreviato, nel patteggiamento e nell'acquisizione degli atti su accordo delle parti*, in *Quaderni di Cassazione penale*, 2004, p. 93.

–, *Riflessioni sull'istituto dell'acquisizione degli atti su accordo delle parti*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 357.

FASSONE E., sub *Art. 466-bis*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso - V. Grevi, Cedam, 1987.

–, *Garanzia e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in *Quest. giust.*, 1991, p. 116.

–, *Il giudizio*, in E. FORTUNA - S. DRAGONE - E. FASSONE - R. GIUSTOZZI, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, Cedam, 2004.

–, in E. FASSONE - R. GIUSTOZZI - E. FORTUNA, *Manuale pratico del processo penale*, Cedam, 2007.

FELICIONI P., *La rinuncia alla assunzione della prova*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. Filippi, Cedam, 2001, p. 464.

–, *Le ispezioni e le perquisizioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberris - G.P. Voena, vol. XX, Utet, 2005.

FERRAIOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2011.

FERRUA P., *Anamorfosi del sistema accusatorio*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, Giappichelli, 1992.

–, voce *Appello*, II) (*dir. proc. pen.*), in *Enc. giur.*, Treccani, 1984.

–, *I maxiprocessi e la L. 17 febbraio 1987 n. 29*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1663.

–, *I poteri probatori del giudice dibattimentale: ragionevolezza delle Sezioni unite e dogmatismo della Corte costituzionale*, in *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Giappichelli, 1999.

–, *Il giusto processo*, 3^a ed., Zanichelli, 2012.

–, *La formazione delle prove nel nuovo dibattimento: limiti all'oralità e al contraddittorio*, in *Studi sul processo penale*, Giappichelli, 1990.

–, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Giappichelli, 2015.

–, *La riforma del diritto penale sostanziale e il nuovo processo penale*, in *Quest. giust.*, 1991, p. 82.

–, *Oralità del giudizio e letture di deposizioni testimoniali*, Giuffrè, 1991.

FIDELBO G., voce *Giudice di pace (dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, agg., Utet, 2004.

FIFI S., voce *Fascicoli processuali*, in *Dig. disc. pen.*, III agg., t. I, Utet, 2005.

FILIPPI L., *Il fascicolo del difensore*, in AA.VV., *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, Cedam, 2001, p. 302.

FIORIO C., *La prova nuova nel processo penale*, Cedam, 2008.

FOSCHINI G., *Il dar per letto (Ficta lectio)*, in FOSCHINI G., *Tornare alla giurisdizione. Saggi critici*, Giuffrè, 1971, p. 383.

–, *Il dibattimento*, Giuffrè, 1956.

–, *Il dibattimento penale di primo grado*, Giuffrè, 1964.

–, *La riforma del processo penale*, in *Arch. pen.*, 1962, p. 253.

–, *Sistema del diritto processuale penale*, Giuffrè, 2^a ed., 1968.

FRIGO G., sub Artt. 416 e 431, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. IV, Utet, 1991.

–, sub Art. 431, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, IV, Utet, 1990.

–, sub Artt. 431 e 433, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. IV, Utet, 1990.

–, sub Art. 496, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. V, Utet, 1991.

–, *Dibattimento: scelte meditate per evitare sorprese*, in *Guida dir.*, 2000, dossier/9, p. 92.

–, *Difensore*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da E. Amodio-O Dominioni, Giuffrè, 1989, vol. I, p. 600.

–, *La formazione della prova in dibattimento: dal modello originario al modello deformato*, in *Giur. it.*, 1993, IV, c. 312.

FURGIUELE A., *Concetto e limiti dell'acquiescenza nel processo penale*, E.S.I., 1998.

GAETA P., *Giudizio direttissimo*, in *Enc. dir.*, IV Agg., Giuffrè, 2000, p. 657.

–, *Il divieto di testimonianza indiretta della polizia giudiziaria*, in AA.VV., *Il giusto processo: nuove norme in tema di formazione e valutazione della prova*, a cura di P. Tonini, Cedam, 2001, p. 277.

GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, 1992.

–, *Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1840.

–, *Limiti e deroghe al contraddittorio nella formazione della prova*, in *Il contraddittorio tra costituzione e legge ordinaria* (Atti del convegno dell'Associazione degli studiosi del processo penale - Ferrara 15 e 16 ottobre 2000), Giuffrè, 2002.

GALGANI B., *Commento alla l. 16 dicembre 1999, n. 479, sub Art. 40*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 505.

–, *Commento alla l. 16 dicembre 1999, n. 479, sub Artt. 41-42*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 511.

GALLUCCI E., *La rinnovazione del dibattimento a seguito di mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1454.

–, *La competenza penale del giudice di pace. Giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 44.

GARUTI G., sub Art. 431 c.p.p., in *Commento al codice di procedura penale*, a cura di P. –, *Dal dissenso immotivato alla giustizia riparatrice: lo stato dei poteri dispositivi delle parti*, in *Studium iuris*, 2002, p. 1336.

–, *Il procedimento per citazione diretta a giudizio davanti al tribunale*, Giuffrè, 2003.

–, *La formazione del fascicolo del dibattimento*, in AA.VV., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, vol. I, *Le innovazioni in*

tema di indagini e di udienza preliminare, a cura di L. Kalb, Giuffrè, 2000, p. 540.

–, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, Cedam, 1996.

GEMELLI M., *L'irruzione della negozialità nel giusto processo*, in *Giust. pen.*, 2001, c. 725.

–, *Le investigazioni difensive e il regime di utilizzabilità degli atti*, in *Giust. pen.*, 2003, III, c. 371.

GIALUZ M., voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, 1, Giuffrè, 2008.

GIANTURCO E., *La prova per documenti scritti*, in *Riv. pen.*, XLVII, 1921, p. 276.

GIOSTRA G., *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giust.*, 2001, n. 6, p. 1128.

–, voce *Contraddittorio*, in *Enc. giur.*, IX, Treccani, agg. 2001.

–, voce *Contraddittorio (principio del)*, II) *dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, Treccani, 2001.

–, *Equivoci sulla testimonianza indiretta della polizia giudiziaria e sacrificio del principio di oralità*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1132.

–, *Problemi irrisolti e nuove prospettive per il diritto di difesa: dalla registrazione delle notizie di reato alle indagini difensive*, in *Misure cautelari e diritto di difesa*, a cura di V. Grevi, Giuffrè, 1996, p. 208.

–, *Processo penale e informazione*, Giuffrè, 1989.

–, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. del dir.*, 1986, n. 1, p. 24.

GIULIANI A.A., voce *Prova (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Giuffrè, 1988, p.

GREVI V., *Il segreto familiare: la testimonianza dei prossimi congiunti dell'imputato*, in *Riv. pen.*, 1974, p. 587.

–, *Prove*, in G. CONSO - V. GREVI - M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, 8^a ed., Cedam, 2016, p. 334.

–, *Rifiuto del difensore ed inviolabilità della difesa*, in *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura dell'A., Zanichelli, 1977.

GREVI V. - NEPPI MODONA G., *Introduzione al progetto del 1978*, in G. CONSO - V. GREVI - G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale*, vol. I, *La legge delega del 1974*.

GRIFANTINI F.M., *Attività preparatorie del contraddittorio dibattimentale*, Giappichelli, 2008.

–, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2007, p. 172.

GRILLI L., *Il dibattimento penale*, Giuffrè, 2014.

GUARINIELLO R., *Il processo penale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Il diritto attuale*, vol. XVIII, Utet, 1997, p. 337.

GUASTINI R., *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, 2011, p. 98.

HASSEMER W., *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein, 2009, trad. ital. *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Il Mulino, 2012.

IACOVIELLO F.M., *Contro l'attuale teoria degli atti irripetibili*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3004.

–, *La Cassazione penale. Fatto, diritto, motivazione*, Giuffrè, 2013.

–, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, 1997.

–, *Processo di parti e poteri probatori del giudice*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 286.

IAFISCO L., *La sentenza penale come mezzo di prova*, Giappichelli, 2002.

ICHINO G., *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Giuffrè, 1992, p. 153.

ILLUMINATI G., *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in P. FERRUA - F. GRIFANTINI - G. ILLUMINATI -

R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2010, p. 112.

–, *Giudizio*, in G. CONSO - V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, 6^a ed., Cedam, 2012.

–, *Il giudizio senza oralità*, in *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Giuffrè, 2003.

–, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 361.

–, *Inammissibile la testimonianza della polizia giudiziaria sul contenuto di dichiarazioni non verbalizzate*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 660.

JESU G., *Rilevanza delle indagini difensive nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2090.

KALB L., *La richiesta di ammissione dei mezzi di prova*, in AA.VV., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, vol. II, *Le innovazioni in tema di giudizio*, a cura di G. Pierro, Giuffrè, 2000, p. 164.

KOSTORIS R.E., *Ammissione dei documenti e diritto alla prova contraria*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2502.

–, sub Art. 431, in *Codice di procedura penale commentato*, coordinato da A. Giarda, vol. II, Ipsoa.

–, *La rappresentanza dell'imputato*, Giuffrè, 1986.

LATTANZI G. - LUPO E., *La nuova legge delega per il codice di procedura penale: continuità e differenze di sistema*, in *Cass. pen.*, 1982, p. 184.

LATTANZI GIO., *La formazione della prova nel dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 2298.

LAVENA G., *I poteri di integrazione probatoria del giudice nel rito abbreviato e a seguito del c.d. patteggiamento sulla prova*, Relazione all'incontro di studio sul tema 'Il processo di parti', organizzato dal C.S.M., Roma 2-3 ottobre 2003.

LEONE G., *Manuale di diritto processuale penale*, Jovene, 1988.

–, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. I, Jovene, 1961.

LIBERINI N., *L'onere di produrre documenti nel dibattimento e il principio di acquisizione processuale*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 3129.

LO VECCHIO G., *Spunti in tema di diortosi processuale degli atti irritualmente acquisiti nel fascicolo del dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 626.

LOCATELLI G., *La documentazione degli atti di indagine del p.m. e delle investigazioni difensive*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 591.

LOPEZ R., *Le attenuanti generiche e il silenzio dell'imputato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 1121.

LORUSSO S., *Considerazione in tema di utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee rese dalla persona sottoposta alle indagini e non verbalizzate*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1887.

–, *Provvedimenti “allo stato degli atti” e processo penale di parti*, Giuffrè, 1995.

LOZZI G., *Lettture testimoniali e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, p. 875.

–, *Lezioni di procedura penale*, 8^a ed., Giappichelli, 2012.

–, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, p. 455.

LUZZATI C., *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, 1990.

MACCHIA A., *I poteri dispositivi delle parti: profili di legittimità costituzionale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2003, p. 191.

MACRILLÒ A., *Consenso dell'imputato e negozi acquisitivi nel dibattimento penale*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, p. 655.

MADDALENA, *“Giusto processo” e funzione dell'accusa, con particolare riferimento alla criminalità organizzata*, cura di R.E. KOSTORIS, *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Giappichelli, 2002, p. 384.

MAFFEO V., *Accordi sul fascicolo e riduzione dei tempi del processo: quali spazi per una politica premiale*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 4105.

MAGI R., *Accordi sulla prova e poteri istruttori del giudice del dibattimento*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 136.

MAGLIARO L., *Giudice unico e 'aggiustamenti' del processo penale*, in *Quest. giust.*, 1999, p. 22.

MALINVERNI A., *Principi del processo penale*, Utet, 1972.

–, voce *Oralità*, II), *Il principio dell'oralità e pubblicità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, XXI, Treccani, 1990.

MAMBRIANI A., *Giusto processo e non dispersione delle prove*, La Tribuna, 2002.

MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, Giappichelli, 2003.

MANZIN M. - SOMMAGGIO P., *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, 2006.

MANZINI V., *Trattato di procedura penale italiana*, II, F.lli Bocca, 1914.

MANZIONE D., sub *Artt. 506-507*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, vol. V, Utet, 1991.

MARAFIOTI L., *La giustizia penale negoziata*, Giuffrè, 1992.

–, *Prova negoziata e contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2933.

MARANDOLA A., *Limiti all'attività integrativa di indagine del pubblico ministero*, in *Giur. it.*, 1994, II.

MARCHETTI M.R., *L'assistenza giudiziaria internazionale*, in *Trattato di procedura*

MARCONI A. - MARONGIU G., *La procedura penale italiana*, vol. II, Vallardi, 1931.

MARZADURI E., *Giudizio di primo grado*, in *Il giudice di pace nella*

giurisdizione penale, a cura di G. Giostra - G. Illuminati, Giappichelli, 2001.

–, *La prova negoziata e l'art. 111 Cost.; tra deroga al contraddittorio e valorizzazione dei profili dispositivi dell'accertamento penale*, in AA.VV., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Giappichelli, 2009, p. 213.

–, *Poteri delle parti e disponibilità del rito nella giustizia negoziata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. Giostra - G. Insolera, Giuffrè, 1998.

MASSA C., *Il principio dispositivo nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1961, p. 351.

–, *L'acquiescenza nel processo penale*, Giuffrè, 1954.

–, *La pubblicità e l'oralità del dibattimento penale*, Giuffrè, 1961, p. 174.

MASSA M., *Le attenuanti generiche*, Jovene, 1959,

MAZZA O., *Formazione del fascicolo del dibattimento ed acquisizione di documenti dichiarativi*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2632.

–, *Il fascicolo del difensore e utilizzabilità delle indagini difensive*, in *Giur. it.*, 2002, c. 1762.

–, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberti - G.P. Voena, vol. VII, t. 1, Giuffrè, 2004, p. 133.

MELCHIONDA A., sub *Art. 491*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di M. Chiavario, vol. V, Utet, 1991, p. 175.

MENNA M., *Il giudizio d'appello*, Esi, 1995.

MERCONE M., *Il regime delle indagini integrative del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 2660.

MINOLI E., *L'acquiescenza nel processo civile*, Vallardi, 1942.

MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, II, Cedam, 2004.

MONTESANO L. - ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, vol. I, t. II, Cedam, 2007.

MOROSINI P., sub *Artt. 41-43 l. 16-12-1999, n. 479*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 413.

–, *Il giudice del dibattimento*, in *Quest. giust.*, 2001, p. 1260.

MOSCARINI P., sub *Art. 493*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, 4^a ed., Ipsoa, 2010.

–, voce *Processo verbale (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Treccani, 1991.

NANNUCCI U., *Funzionalità del processo penale ed effetti della riforma*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1887.

NAPOLI A., *Osservazioni sull'istituto dell'acquisizione concordata di atti*, in *Giur. merito*, 2001, p. 1198.

NAPPI A., voce *Documentazione degli atti processuali*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, Utet, 1990, p. 168.

–, *Guida al codice di procedura penale*, Giuffrè, 9^a ed., 2007.

–, *Il diritto alla prova. Modello accusatorio e principio dispositivo. Poteri di integrazione officiosa*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1997, n. 98, p. 99.

–, *La prova documentale e i limiti del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1189.

–, *Sulla necessità di distinguere il procedimento di ammissione delle prove dal procedimento di formazione del fascicolo per il dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 765.

–, *Sull'abuso delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 470.

NEGRI D., sub *Art. 14 l. 7 dicembre 2000, n. 397*, in *La difesa penale*, diretto da M. Chiavario - E. Marzaduri, Utet, 2003.

–, *Il nuovo giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, in *AA.VV., Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Cedam, 2000, p. 479.

NICOLINI N., *Della procedura penale nel Regno delle Due Sicilie*, Mansi, 1843.

NOBILI M., sub *Art. 191*, in *AA.VV., Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Utet, 1990.

- , sub *Art. 511*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Utet, 1991.
- , sub *Art. 512*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Utet, 1991.
- , sub *Art. 515*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, Utet, 1991.
- , *Concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo codice di procedura penale*, in *Foro it.*, V, 1989, c. 279.
- , *Concezione relativistica delle prove*, in *Id.*, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, 1998.
- , *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 12.
- , *Il concetto di prova e regime di utilizzazione degli atti nel nuovo processo penale*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 274.
- , *Il libero convincimento del giudice*, Giuffrè, 1974.
- , *La nuova procedura penale: lezioni agli studenti*, Clueb, 1989.
- , *La prova inutilizzabile nel nuovo codice di procedura penale*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, vol. III, Cedam, 1994.
- , *Le opposizioni difensive all'uso dibattimentale di atti delle indagini preliminari nel nuovo codice di procedura penale*, in AA.VV., *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, vol. II, Giuffrè, 1991.
- , *Preparazione dell'udienza dibattimentale e presentazione delle eccezioni di inutilizzabilità delle prove a carico*, in AA.VV., *Il nuovo rito penale: linee di applicazione* (Atti del Convegno di Sanremo, 10-12 marzo 1989), vol. I, Bucalo, 1989.

NUZZO F. - SANGUINETI E.M., in E. APRILE - E.M. SANGUINETI - F. NUZZO, *La pratica penale*, 2^a ed., Giuffrè, 2003.

ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Giuffrè, 1992.

- , *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA - F.M. GRIFANTINI - G. ILLUMINATI - R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 2005.
- , *Procedimenti speciali*, cit., p. 730

PADOVANI T., *Il doppio grado di giurisdizione. Appello dell'impu-*

tato, *appello del P.M., principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4031.

PALLADINO P., *Prime riflessioni in tema di acquisizione concordata di atti e documenti*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1636.

PANSINI G., *I problemi della difesa nei maxi-processi*, in *Arch. pen.*, 1987, p. 155.

PANZAVOLTA M., voce *Nullità degli atti processuali*, in *Enc. giur.*, vol. XXXXIII, Treccani, 2005.

PAOLOZZI G., *Fase prodromica della difesa ed efficacia persuasiva degli elementi di prova*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, Ipsoa, 2001.

PARDO I., *Il processo penale d'appello*, Giuffrè, 2102.

PAULESU P.P., *Giudice e parti nella dialettica della prova testimoniale*, Giappichelli, 2003.

–, *Mutamento del giudice dibattimentale e diritto alla prova testimoniale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2501.

PEPINO L., *Il dibattimento nel processo penale: necessità o lusso?*, in *Quest. giust.*, 1995, p. 440.

PERONI F., *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Cedam, 1995.

–, *La nuova disciplina delle letture dibattimentali*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Cedam, 1998, p. 170.

PISAPIA G.D., *Compendio di procedura penale*, Cedam, 1975.

PIZIALI G., *Profili temporali dell'attività investigativa e regime di utilizzabilità*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Ipsoa, 2001, p. 207.

–, *Spunti critici in tema di atti «irripetibili»*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2143.

PLOTINO F., *Assunzione delle prove in dibattimento ad istanza di parte e d'ufficio*, in *Giur. merito*, 1994, p. 233.

POTETTI D., *Alcune rilevanti considerazioni della Corte di cassa-*

zione in tema di contestazioni testimoniali, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1467.

–, *Inutilizzabilità e altri vizi degli atti a proposito del nuovo giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 655.

–, *Svolta restrittiva della Cassazione in tema di atto irripetibile*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1468.

PROCACCIANTI T., *La formazione del fascicolo per il dibattimento in assenza del contraddittorio tra le parti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 348.

PROCACCINO A., *Il ruolo dell'imputato nel patto di prova*, in *Giust. pen.*, 2002, III, c. 688.

–, *Il negozio probatorio dibattimentale*, Giuffrè, 2010.

PUGLIATTI S., voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Giuffrè, 1959, p. 457.

PULEIO F., *La testimonianza indiretta*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2122.

RAFARACI T., *La prova contraria*, Giappichelli, 2004.

–, voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Giuffrè, 1988.

RAMAJOLI S., *Disponibilità degli atti dell'istruttoria (art. 466-bis c.p.p.) e loro lettura nel giudizio d'appello*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 610.

RENON P., *Mutamento del giudice penale e rinnovazione del dibattimento*, Giappichelli, 2008.

REYNAUD G., *Documentazione degli atti del procedimento*, in AA.VV., *Atti del procedimento penale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. Chiavario - E. Marzaduri, Utet, 1996, p. 138.

RICCI G. F., *Principi di diritto processuale generale*, 2^a ed., Giappichelli, 1998.

RICCIO G., *La volontà delle parti nel processo penale*, Jovene, 1969.

RIVELLO P.P., sub *Art. 431*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, II agg., Utet, 1993.

–, *Insufficiente il solo inserimento nel fascicolo per considerare acquisita la prova in giudizio*, in *Guida dir.*, 1997, n. 35, p. 65.

–, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Uberris - G.P. Voena, vol. X, t. 1, Utet, 1999.

–, *Lecture dibattimentali e maxiprocessi*, Giuffrè, 1989.

RIVIEZZO C. *Il giudizio*, in AA.VV. *La competenza penale del giudice di pace*, Ipsoa, 2000, p. 145.

ROGALL K., *Questioni fondamentali in tema di divieti probatori*, in *Ind. pen.*, 1998, p. 1098.

ROMBI N., *La circolazione della prove penali*, Cedam, 2003.

ROSSI F., *Poteri del giudice limitati nel procedimento di ammissione probatoria*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1490.

RUGGIERI F., *Soggetti e struttura del procedimento penale nei paesi di lingua tedesca*, in *Quaderni del C.S.M.*, 2003, n. 134, p. 128.

RUSSO L., *L'ampliamento dell'ambito di assunzione di nuovi mezzi di prova*, in AA.VV., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale - Le innovazioni in tema di giudizio*, vol. II, a cura di Pierro, Giuffrè, 2000, p. 221.

SABATINI GIU., *Il codice di procedura penale illustrato articolo per articolo sotto la direzione di Ugo Conti*, vol. III, Soc. ed. libraria, 1937.

SALUTO F., *Commenti al codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, vol. III, 3^a ed., F.lli Bocca, 1884.

SAMMARCO A.A., *Oralità e indicazione di atti utilizzabili nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1276.

SANGUINETI E.M., *Il giudizio*, in E. APRILE - F. NUZZO - E.M. SANGUINETI, *La pratica penale*, Giuffrè, 2001.

SARACENI L., *Fascicolo processuale e terzietà del giudice del dibattimento*, in *Quest. giust.*, 1990, p. 126.

SATTA S. - PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Cedam, 2000.

SCAGLIONE A., *Dichiarazioni procedurali e giusto processo*, Giappichelli, 2005.

–, *Il regime di utilizzabilità degli atti delle indagini preliminari a contenuto dichiarativo*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 359.

–, *L'attività di iniziativa della polizia giudiziaria*, Giappichelli, 1999.

SCALFATI A., *L'udienza preliminare*, Cedam, 1999.

SCAPARONE M., *Common law e processo penale*, Giuffrè, 1974.

–, *L'attività probatoria dibattimentale nel nuovo processo penale*, in *Giust. pen.*, 1990, III, c. 65.

SCELLA A., *I residuali poteri di iniziativa probatoria del giudice dibattimentale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, p. 1210.

–, *L'inutilizzabilità delle prove raccolte all'estero mediante rogatoria*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di G. La Greca e M. R. Marchetti, Giappichelli, 2003, p. 349.

–, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Cedam, 2000, p. 438.

–, *Prove penali e inutilizzabilità*, *Uno studio introduttivo*, Giappichelli, 2000.

–, voce *Questioni preliminari*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, 1993, p. 612.

SIRACUSANO D., in D. SIRACUSANO - A. GALATI - G. TRANCHINA - E. ZAPPALÀ, *Diritto processuale penale*, vol. II, Giuffrè, 2011, p. 344.

–, *Dalle indagini preliminari alla sentenza di primo grado*, in *Giust. pen.*, 1978, III, c. 177.

–, *Il dibattimento*, in *Iniziativa di aggiornamento professionale in relazione alla prossima entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1988, n. 20.

–, *Il giudizio*, in *Diritto processuale penale*, Giuffrè, 2011.

–, *La prova testimoniale il diaframma della scrittura e l'improbabile oralità*, in *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Giuffrè, 1989.

–, *Le disposizioni della legge-delega sul dibattimento: una realtà da non disperdere*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1974, p. 1117, p. 1128.

–, *Particolari profili delle nullità inerenti alle perizie giudiziali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1960, p. 1025

–, *Quale dibattimento*, in *Introduzione allo studio del nuovo processo penale*, Giuffrè, 1989.

–, *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *Leg. pen.*, 1989, p. 84.

SIRACUSANO D. - SIRACUSANO F., in AA. VV., *Diritto processuale penale*, a cura di G. Di Chara, V. Patanè, F. Siracusano, Giuffrè, 2013, p. 635.

SIRACUSANO F., sub *Art. 11 l. 7 dicembre 2000 n. 397*, in AA.VV., *La difesa penale*, diretto da Chiavario - Marzaduri, Utet, 2003.

–, *L'udienza di comparizione e il dibattimento avanti al giudice monocratico*, in AA.VV., *Le recenti modifiche al codice di procedura penale*, II, *Le innovazioni in tema di giudizio*, a cura di Pierro, Giuffrè, 2000, p. 78.

SPAGNOLO P., *Note minime in tema di giudizio abbreviato condizionato: prova necessaria, legalità della pena, oneri dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 368.

SPANGHER G., voce *Appello*, II) *dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, Treccani, agg., 1991.

–, voce *Appello nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Utet 1987, p. 216.

–, *Appunti sul nuovo processo penale*, in *Lex*, 1990, p. 281.

–, *I profili soggettivi*, in AA.VV., *Le indagini difensive*, Ipsoa, 2001, p. 157.

–, voce *Impugnazioni*, II) *Diritto processuale penale: profili generali*, in *Enc. giur.*, XVI, Treccani, 2002.

–, *Verso un processo di parti*, in *Studium iuris*, 2002, p. 470.

SPENCER J.R., *Il diritto sulla prova in Inghilterra e nel Galles*, in *Quaderni del C.S.M.*, 2003, n. 134, p. 281.

SQUASSONI C., sub *Art. 234*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di M. Chiavario, vol. II, Utet, 1990, p. 649.

TAGLIARINI G., *Attenuanti generiche e comportamento processuale del reo*, in *Scuola pos.*, 1968, p. 145

TARUFFO M., *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 90.

–, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu-F. Messineo, vol. III., t. 2, sez. I, Giuffrè, 1992.

–, *Studi sulla rilevanza della prova*, Cedam, 1970.

TIRABASSI L., sub *Art. 430*, in *Codice di procedura ipertestuale*, a cura di A. Gaito, Utet, 2001.

TONINI P., *Considerazioni su diritto di difesa e prova scientifica*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 821.

–, *Disciplina della prova e durata ragionevole del processo*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 339.

–, *Il valore probatorio dei documenti contenenti dichiarazioni scritte*, in *Cass. pen.*, 1990, p. 2216.

–, *La prova penale*, Cedam, 2000.

–, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Giuffrè, 2004.

TONINI P. - CONTI C., *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 518.

TRANCHINA G., *I soggetti*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, 2011.

–, voce *Impugnazione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Giuffrè, 1970.

–, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. giur.*, Treccani, vol. XXIII, 1990, p. 4.

TRANCHINA G. - DI CHIARA G., voce *Appello (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, III agg., Giuffrè, 1999.

UBERTIS G., voce *Giudizio di primo grado (disciplina del) nel diritto processuale penale*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 1991, p. 534.

–, *I poteri del pretore ex artt. 506 e 507 c.p.p. e il principio di acquisizione processuale*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1232.

–, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Utet, 1995.

–, *Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione*

processuale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, ora in *Argomenti di procedura penale*, vol. III, Giuffrè, 2011, p. 18.

–, *Sistema di procedura penale*, vol. I, *Principi generali*, Giappichelli, 2004.

–, *Variazioni in tema di documenti*, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1519.

VALENTINI C., *Divieto di testimonianza indiretta degli ufficiali e degli agenti di polizia giudiziaria. Il punto di vista della difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2002.

–, *I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova*, Cedam, 2004.

–, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Cedam, 1998.

VARRASO G., *Le indagini "suppletive" ed "integrative" delle parti*, Cedam, 2004.

VASSALLI G., *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1968, p. 22.

VELLUZZI V., *Le clausole generali: semantica e politica del diritto*, Giuffrè, 2010.

VESSICHELLI M., osservazioni a Cass., Sez. un., 17 ottobre 2006, Greco, in *Cass. pen.*, 2007, p. 952.

ZACCHÈ F., *Il giudizio abbreviato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis e G.P. Voena, vol. XXXV.2, Giuffrè, 2004.

–, *Sopralluoghi e relazioni di servizio della polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1015.

ZAGREBELSKY V., *Il giudice del dibattimento tra nuova terzietà e residuali poteri di iniziativa*, in *Il nuovo rito penale. Linee di applicazione*, fascicolo monografico de *La difesa penale*, 1989, p. 157.

ZAPPALÀ E., sub Art. 602, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Utet, 1991.

–, *Prime note intorno all'utilizzabilità degli atti delle indagini preliminari*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 333.

–, *Prime note sugli atti utilizzabili per il giudizio nella legge-delega del 1987 per il nuovo codice di procedura penale*, in *Leg. pen.*, 1987, p. 94.

Della stessa Collana:

- 1) M. Polvani - **Le impugnazioni de libertate**. *Riesame, appello, ricorso*; seconda edizione aggiornata con la giurisprudenza, 1999.
- 2) G.M. Baccari e altri - **Le nuove leggi penali**. *Abuso d'ufficio, dichiarazioni del coimputato, videoconferenze giudiziarie*, 1998.
- 3) A. Bernasconi, P. Comucci, V. Maccora, P. Pittaro, A. Presutti - **Esecuzione penale e alternative penitenziarie** (l. 27 maggio 1998 n.165) a cura di A. Presutti, 1999.
- 4) G.M. Baccari e altri - **Il processo penale dopo la riforma del giudice unico** (l. 16 dicembre 1999 n. 479) a cura di F. Peroni, 2000.
- 5) G.M. Baccari e altri - **Il giudice di pace**. *Un nuovo modello di giustizia penale* a cura di A. Scalfati, 2001.
- 6) A.A. Arru e altri - **Processo penale: il nuovo ruolo del difensore**. *Investigazioni private. Difesa d'ufficio. Patrocinio per i non abbienti*, a cura di L. Filippi, 2001.
- 7) R. Alfonso e altri - **Giusto processo**. *Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova* (l. 1° marzo 2001 n. 63) a cura di P. Tonini, 2001.
- 8) E. Antonini e altri - **Processo penale: nuove norme sulla sicurezza dei cittadini**. (legge 26 marzo 2001 n. 128) a cura di P. Gaeta, 2001.
- 9) A. Confalonieri e altri - **Il giudice penale di pace nei regolamenti di attuazione**, a cura di A. Scalfati, 2002.
- 10) A. Bernasconi e altri - **Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato**, a cura di G. Garuti, 2002.
- 11) A. Barazzetta e altri - **I nuovi reati societari: diritto e processo**, a cura di A. Giarda e S. Seminara, 2002.
- 12) A. Marandola - **L'interrogatorio di garanzia**, 2006.
- 13) A. Barazzetta e altri - **Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva**, a cura di A. Scalfati, 2006.
- 14) D. Battista e altri - **Equo processo: normativa italiana ed europea a confronto**, a cura di L. Filippi, 2006.
- 15) C. Conti - **Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale**, 2007.
- 16) **Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite**, a cura di L. Filippi, 2007.
- 17) **Le nuove norme sulla sicurezza pubblica**, a cura di S. Lorusso, 2008.
- 18) **Prelievo del DNA e banca dati nazionale**, a cura di A. Scarcella, 2009.
- 19) **Le nuove norme sulla giustizia penale**, a cura di C. Conti, A. Marandola, G. Varraso, 2014.
- 20) **Il nuovo volto della giustizia penale**, a cura di G. M. Baccari, K. La Regina, E. M. Mancuso, 2015.
- 21) **La nuova giustizia penale tributaria**, a cura di A. Giarda, A. Perini, G. Varraso, 2016.

Studi

- 1) L. Filippi - **L'appello incidentale nel processo penale**, 2000.
- 2) C. Pansini - **Le dichiarazioni del minore nel processo penale**, 2001.
- 3) S. Sau - **L'incidente probatorio**, 2001.

- 4) C. Conti - **La sospensione dei termini di custodia cautelare.** *Modelli rigidi e flessibili a confronto*, 2001.
- 5) A. Scalfati - **Ricerca della prova e immunità difensive**, 2001.
- 6) A. Marandola - **I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedurali**, 2001.
- 7) E. Squarcia - **L'azione di danno nel processo penale**, 2002.
- 8) L. Filippi - **Il procedimento di prevenzione patrimoniale.** *Le misure "antimafia" tra sicurezza pubblica e garanzie individuali*, 2002.
- 9) P. Gualtieri - **Le investigazioni del difensore**, 2003.
- 10) G.M. Baccari - **La testimonianza del prossimo congiunto dell'imputato** 2003.
- 11) G. Santalucia - **L'abnormità dell'atto processuale penale**, 2003.
- 12) G. Varraso - **Il reato continuato.** *Tra processo ed esecuzione penale*, 2003.
- 13) C. Conti - **L'imputato nel procedimento connesso.** *Diritto al silenzio e obbligo di verità*, 2003.
- 14) F. Focardi - **La consulenza tecnica extraperitale delle parti private**, 2003.
- 15) N. Rombi - **La circolazione delle prove penali**, 2003.
- 16) S. Sau - **Le indagini collegate.** *Il coordinamento investigativo degli uffici del pubblico ministero*, 2003.
- 17) G. Varraso - **Le indagini «suppletive» ed «integrative» delle parti.** *Metamorfosi di un istituto*, 2004.
- 18) C. Valentini - **I poteri del giudice dibattimentale nell'ammissione della prova.** 2004.
- 19) C. Pansini - **Contributo dell'offeso e snodi procedurali.** 2004.
- 20) P. Moscarini - **L'omessa valutazione della prova favorevole all'imputato.** 2005.
- 21) A. Capone - **Gli errori della Cassazione e il diritto al controllo di legittimità.** 2005.
- 22) C. Fanuele - **Le contestazioni nell'esame testimoniale.** 2005.
- 23) O. Bruno - **L'ammissibilità del giudizio abbreviato.** 2007.
- 24) P. Corvi - **Questioni pregiudiziali e processo penale.** 2007.
- 25) R. Aprati - **Prove contraddittorie e testimonianza indiretta.** 2007.
- 26) R. Fonti - **L'inammissibilità degli atti processuali penali.** 2008.
- 27) A. Marandola - **I motivi di impugnazione. I.** *Disposizioni generali e giudizio d'appello.* 2008.
- 28) M. F. Cortesi - **Il procedimento di prevenzione della violenza sportiva.** 2008.
- 29) C. Fiorio - **La prova nuova nel processo penale.** 2008.
- 30) C. Valentini - **Motivazione della pronuncia e controllo sul giudizio per le misure di prevenzione.** 2008.
- 31) A. Cassiani - **Il potere di avocazione.** *Profili ordinamentali dell'ufficio del pubblico ministero.* 2009.
- 32) C. Fanuele - **Dati genetici e procedimento penale.** 2009.
- 33) P. Corvi - **Trattamento penitenziario e criminalità organizzata.** 2010.
- 34) S. Sau - **Le garanzie linguistiche nel processo penale.** *Diritto all'interprete e tutela delle minoranze riconosciute* 2010.
- 35) C. Bonzano - **Il segreto di Stato nel processo penale.** 2010.
- 36) A. Chelo - **Il mandato di arresto europeo.** 2010.
- 37) A. Capone - **Iura novit curia.** *Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale.* 2010.

- 38) L. Filippi - P. Gualtieri - P. Moscarini - A. Scalfati (a cura di) - **La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati.** 2010.
- 39) M. Colamussi - **La messa alla prova.** 2010.
- 40) R.M. Geraci - **L'appello contro la sentenza che applica la pena su richiesta.** 2011.
- 41) A. Diddi - **L'impugnazione per gli interessi civili.** 2011.
- 42) F. Alonzi - **Le attività del giudice nelle indagini preliminari.** *Tra giurisdizione e controllo giudiziale.* 2011.
- 43) K. La Regina - **L'udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo.** *Dal genus alla species.* 2011.
- 44) F. Vergine - **Il "contrasto" all'illegalità economica.** *Confisca e sequestro per equivalente.* 2012.
- 45) C. Fanuele - **La ricostruzione del fatto nelle investigazioni penali.** 2012.
- 46) A. Capone - **L'invalidità nel processo penale.** *Tra teoria e dogmatica.* 2012.
- 47) C. Valentini - **La prova decisiva.** 2012.
- 48) F.R. Dinacci - **Il contraddittorio per la prova nel processo penale.** 2012.
- 49) A. Diddi - **Testimonianza e segreti professionali.** 2012.
- 50) K. La Regina - **Il procedimento a carico di ignoti.** 2012.
- 51) E. Turco - **L'impugnazione inammissibile.** *Uno studio introduttivo.* 2012.
- 52) V. Maffeo - **L'esame incrociato tra legge e prassi.** 2012.
- 53) L. Ludovici - **La disciplina delle "contestazioni a catena".** 2012.
- 54) N. Triggiani - **Giustizia penale e informazione.** *La pubblicazione di notizie, atti e immagini.* 2012.
- 55) C. Bonzano - **L'interrogatorio investigativo.** 2012.
- 56) L. Suraci - **L'atto irripetibile.** 2012.
- 57) G. Tabasco - **Documenti illegali e procedura di distruzione dei dati personali illecitamente conseguiti.** 2013.
- 58) D. Curtotti - **Rilievi e accertamenti tecnici.** 2013.
- 59) C. Pansini - **L'appello nel giudizio abbreviato.** 2013.
- 60) R. Fonti - **L'effetto estensivo dell'impugnazione.** 2013.
- 61) A. Chelo - **Le prime indagini sulla scena del crimine.** *Accertamenti e rilievi urgenti di polizia giudiziaria.* 2014.
- 62) L. Algeri - **L'impugnazione della parte civile.** 2014.
- 63) E. Savio - **Il giudizio di rinvio dopo l'annullamento in cassazione.** 2014.
- 64) M. Romano - **L'amministrazione giudiziaria dei beni sottratti alla criminalità organizzata.** 2014.
- 65) B. Nacar - **Il processo in absentia tra fonti internazionali, disciplina codicistica e recenti interventi riformatori.** 2014.
- 66) A. Testaguzza - **Digital forensics.** *Informatica giuridica e processo penale.* 2014.
- 67) AM. Siagura - **La negoziabilità della pena.** *Esperienze giuridiche a confronto.* 2015.
- 68) S. Fasolin - **Conflitti di giurisdizione e ne bis in idem europeo.** 2015.
- 69) M.T.M. Rubera - **Questioni in tema di giudizio direttissimo.** 2015.
- 70) L. Saponaro - **Dall'indizio alla prova indiziaria: il rapporto tra probabilità e certezza.** 2015.
- 71) P. Dell'Anno - **Vizio di motivazione e controllo della cassazione penale.** 2015.

- 72) G. Colaiacovo - **Il latitante**. 2015.
- 73) O. Murro - **Riparazione del danno ed estinzione del reato**. 2015.
- 74) V. Tondi - **Il bail. La libertà su cauzione negli ordinamenti anglosassoni**. 2016.
- 75) C. Fanuele - **La libertà su cauzione: un'alternativa alla custodia carceraria**. 2016.
- 76) A. Zampaglione - **La prova nei processi di criminalità organizzata**. 2016.
- 77) D. Cimadomo - **Prova e giudizio di fatto nel processo penale a carico degli enti**. 2016.
- 78) F. Delvecchio - **Il danno alla vittima del reato e i suoi rimedi**. 2017.
- 79) G. Stanzione - **Autoincriminazione e diritto al silenzio. Le esperienze italiana, francese e inglese**. 2017.
- 80) Pasquale Bronzo - **Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice**. 2017.

